بيع المجهول

أحكامه وأثاره، وإشكالية عقود النفط الليبية

(دراسة فقهية مقارنة بالقانون المدني الليبي)

فهرسة أثناء النشر إعداد إدارة الشئون الفنية – دار الكتب المصرية

عنوان الكاتب: بيع المجهول أحكامه وآثاره وإشكالية عقود النقط الليبية (دراسة فقهية مقارنة بالقانون المدني الليبي)

رقم الإيداع: 779/2009

ردمك: ISBN 978-9959-55-065-9

ط1 – القاهرة: المجموعة العربية للتدريب والنشر

الطبعة الأولى

2010



الناشر

المجموعة العربية للتدريب والنشر

8 أ شارع أحمد فخري – مدينة نصر – القاهرة – مصر

تليفاكس: 22759945 – 22739110 (00202)

www.arabgroup.net.eg

elarabgroup@yahoo.com

بيع المجهول

أحكامه وأثاره، وإشكالية عقود النفط الليبية

(دراسة فقهية مقارنة بالقانون المدني الليبي)

إعداد

د. ضو مفتاح أبوغرارة الرفروفي

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ فَتَعَالَى اللـه الْمَلِكُ الْحَقُّ وَلا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَى إِلَيْكَ
وَحْيُهُ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْما ﴾

صدق الله العظيم

(سورة طه، آية 111)

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أبي، وأمي، أغلى ما في الحياة..

وإلى أخي معتوق..

وإلى رفقاء الدرب، زوجتي نجاة، وولدي آية، ومحمد..

وإلى كل طالب علم.

شكر وتقدير

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أقدم شكري وامتناني، وعميق عرفاني إلى الذين كان لإرشاداتهم وتصويباتهم السديدة وإعانتهم الجسيمة، واستجابتهم لتقديم يد المساعدة بمختلف أشكالها الأثر الكبير في إخراج هذا الكتاب - بالصورة التي هو عليها الآن.

وأخص بالذكر الدكتور حافظ علي إسماعيل، والدكتور سعيد الجليدي، اللذان كان لتوجيهاتهما الدور البارز في وضع الخطوط العريضة لموضوعات هذا الكتاب، وطرح الإشكاليات التي يعالجعها، وأثمن أيضا تعاون جميع موظفي مكتبة كلية الدعوة الإسلامية بالجماهيرية، والمكتبة المركزية العليا بالجامعة الإسلامية العالمية - ماليزيا.

المحتويات

الباب الخامس:

المقدمة

الحمد لله الذي جعل العلم عبادة، ورفع أهله درجة لا تنال إلا به، يقول اللـه تعالى: (**يَرْفَعِ اللـه الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ و اللـه بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِير**)[1]، والصلاة والسلام على من أرسله ربه رحمة للعالمين، وهاديا إلى صراط مستقيم، رسوله الكريم محمد ﷺ أكرم صلاة، وأفضل تسليم، وعلى أله وصحبه أجمعين وأفضل صلاة وأزكى تسليم، والصلاة والسلام على جميع الأنبياء والمرسلين.

وبعد،

إن الجانب الاقتصادي يمثل أحد الركائز الأساسية والهامة لبناء المجتمع، حيث يلعب هذا الجانب دورا كبيرا في حياة المجتمع، فله أكبر الأثر في حركة التاريخ، كما أن رخاء المجتمع، وسعادته تقدر على أساسه، وهو الداعم للجانب السياسي، والاجتماعي، ولقد حرصت معظم التشريعات على تنظيم هذا الجانب بما يحدث التوازن بين أفراد المجتمع، ويحقق السعادة والرخاء، ويمنع الظلم، والنزاع، وتعد البيوع عصب التبادل الاقتصادي..... لقد أدى تطور المجتمع الإنساني وزيادة العلاقات بين أفراده إلى ظهور نماذج من العقود، وصورا من المعاملات لم يعرفها فقهاء الإسلام قبل هذا العصر، وإن تضمنتها آراؤهم، كما أن الظروف والمناسبات قد تغيرت، فاعترف الفقهاء بالدور الكبير للظروف، والمناسبات في تغير الأحكام، خاصة في مجال المعاملات، وذلك لارتباطها بمصالح الناس الدنيوية بدرجة كبيرة، الأمر الذي يجعل البحث في أحكامها كلما تطورت صورها، وتجددت من الأهمية بمكان.

موضوع الكتاب:

إن هذا الكتاب يتناول موضوعا يعالج أهم إشكاليات البيوع، وهو بيع المجهول، ولفظ البيع عند الفقهاء يطلق على بيع الأعيان، وبيع المنافع، وإن كان الأصل في الإطلاق هو بيع الأعيان، لأن المنافع لها إطلاقات أخرى كالإجارة، والمضاربة، إلا أن الفقهاء قد ذكروا دخول بيع المنافع ضمن لفظ البيع، وهذا ما أعتمده في معنى البيع في هذا الكتاب، فهو يشمل بيع السلم، والصرف، والبيع الذي يقع على المنفعة كالإجارة، والمضاربة، والمساقاة، وقد أشار

(1) الأية 11 من سورة المجادلة.

الفقهاء إلى شمول البيع للمعاوضات عموما، ولا يؤثر في هذا وجود أسماء خاصة لبعضها، وأورد بعض النصوص الفقهية على سبيل المثال لا الحصر، جاء في الأم: (قد يكون للبيوع أسماء مختلفة تعرف دون البيوع، والبيوع تجمعها، مثل الصرف والسلم يعرفان بلا اسم البيع.[(1)] وجاء في الأم أيضا: (البيوع تجتمع في أنها ملك، وتختلف في أحكامها، ولا يمنعها اختلافها في عامة أحكامها أن تكون بيوعا يحللها ما يحلل البيع، ويحرمها ما يحرم البيع بالجملة)[(2)].

فالبيوع تشمل بيع المنافع، وتنحصر في المعاوضات، واختلاف أسمائها، وبعض أحكامها لا يعني عدم شمول البيوع لها، واعتبار بيع المنافع من باب البيع أشارت إليه أكثر المذاهب الفقهية، جاء في الأم:(الإجارات صنف من البيوع، لأن البيوع كلها إنما هي تمليك من كل واحد لصاحبه، يملك المستأجر المنفعة، ويملك الطرف الأخر العوض، وهذا البيع نفسه)[(3)].

وجاء في المغني: (الإجارة هي نوع من البيع، لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه، فهي بيع منافع)[(4)]، جاء في البحر الرائق:(الإجارة بيع منفعة معلومة بأجرة معلومة)[(5)]، جاء في مواهب الجليل: (الإجارة هي بيع منافع معلومة بعوض معلوم، وهي معاوضة صحيحة، يجري فيها ما يجري في البيوع)[(6)]، جاء في البحر الزخار: (الإجارة كالبيع إذ هي بيع منافع)[(7)]، جاء في الإيضاح (الإجارة بيع من البيوع)[(8)].

---

(1) الأم: الإمام الشافعي محمد بن إدريس، (بيروت، دار المعرفة، ب ط، ب ت) 8 / 58، 62.

(2) نفس المرجع 60/8.

(3) نفس المرجع 59/8.

(4) المغني:ابن قدامة، أبو محمد عبد الـلـه بن أحمد (بيروت، دار إحياء التراث العربي، ب ط، ب ت) 434/5.

(5) البحر الرائق في شرح كنز الدقائق: ابن نجيم، محمد بن الحسين بن علي الطوري (بيروت، دار المعرفة ط الثالثة، 1993م) 2/8.

(6) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: الحطاب، أبوعبد الـلـه محمد بن محمد بن عبدالرحمن (دار الفكر، ط الثالثة، 1992م) 389/ 5.

(7) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، المرتضي أحمد بن يحي، مراجعة عبد الـلـه محمد الصديق وغيره (القاهرة دار الكتاب الإسلامي ب ط، ب ت) 47/5.

(8) الإيضاح: الشماخي، عامر بن علي (أمون للتجليد والطباعة، ب ط، 1404ه 1984م) 254/6.

إن النصوص الفقهية السابقة تدل على أن بيع المنافع نوع من البيوع، وأن البيوع تخص المعاوضات، فخرجت التبرعات كالهبة مثلا.

تناول هذا الكتاب تحديد الجهل، أحكامه، آثاره، ضابطه، كما يتناول التفرقة بين الجهل والغرر، وبين والجهل وربا البيوع، و كما تضمن الكتاب أيضا مقارنة بين أراء الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي في الجهل، وفي جانب المقارنة سأعتمد القانون المدني الليبي كنموذج للقانون الوضعي، لأنه يمثل المدرسة الفرنسية، والتي تعد من أرقى التشريعات المدنية في العالم، كما أن أكثر التشريعات المعاصرة تتفق مع القانون المدني الفرنسي في الجهل، وأحكامه.

احتوى الكتاب على نموذج تطبيقي من العقود المعاصرة التي أحدثها التطور الاقتصادي، ألا وهي عقود النفط، فهي تلعب دورا كبيرا في الاقتصاد العالمي، وتثار حولها عدة إشكاليات فيما يتعلق بالجهل بالمحل، فوقع الاختيار على عقود النفط الليبية، فليبيا من الدول التي يعتمد اقتصادها على النفط بدرجة كبيرة، إضافة إلى غزارة النفط، وكثرة الشركات العاملة في هذا المجال، وتنوع جنسياتها.

الباب الأول

الجهل عند الفقهاء
وأقسامه وأحكامه

يحتوي هذا الباب على:

- **الفصل الأول: حكم الجهل وأدلته عند الفقهاء.**
- **الفصل الثاني: معايير الجهل عند الفقهاء واستثناءاته**

الفصل الأول

حكم الجهل وأدلته عند الفقهاء

أتناول في هذا الفصل حكم الجهل بالمحل عند الفقهاء قديما وحديثا، وإيراد ما استند عليه الفقهاء من أدلة نقلية وعقلية، ومناقشتها، وترجيح ما ارتأى لي رجحانه إن كانت هناك عدة أراء مع بيان أوجه الترجيح، وأوجه الرد لما كان مرجوحا.

المبحث الأول

حكم الجهل وأدلته النقلية

لم يرد نص صريح من الكتاب ولا من السنة يذكر فيه حكم بيع المجهول، ويحدده، ويبين حدود الجائز منه والممنوع، وقد حاول الفقهاء قديما وحديثا تحديد الجهل وبيان أحكامه من خلال النصوص الواردة في بعض البياعات التي رأوا أن النهي فيها للجهل، كما اعتمدوا على النهي عن بيع الغرر باعتبار أن الجهل نوع من الغرر، كما سار عليه أكثر الفقهاء، وتعرض الفقهاء للجهل من خلال حديثهم عن شروط البيع، وقد اتفق الفقهاء قديما وحديثا من حيث المبدأ على عدم صحة بيع المجهول، حين نقلت مصادر الفقه الإسلامي اتفاق الفقهاء بأن العلم بالمعقود عليه شرط من شروط صحة البيوع، وأن الجهل مانع من الصحة، أما تفرقة الأحناف بين العلم والوجود فهي متعلقة بالآثار، فالعلم والوجود كلاهما شرط من شروط البيوع، إلا أن الأحناف اعتبروا العلم شرط صحة، والوجود شرط انعقاد، لكن التطبيقات تبين أن هذا الخلاف ينحصر في الجانب النظري فيما يتعلق ببيع المجهول، وسأوضح هذه المسألة عند الحديث عن الآثار، ولهذا أعتمد إطلاق الجمهور غير الأحناف، حيث يشمل العلم الوجود عندهم، أما خلافهم في بعض المسائل التطبيقية فلا يمس الأصل، وهو عدم جواز بيع المجهول، وإنما يرجع إلى اختلافهم في تقدير وجود المحل من عدمه، ووافق الظاهرية والشيعة والأباظية الجمهور في القول بعدم صحة بيع المجهول واشتراط العلم لصحة البيوع[1]، وسار فقهاء هذا العصر على نهج سلفهم في القول بعدم صحة بيع

(1) انظر مثلا في الفقه الحنفي: الحجة على أهل المدينة - الشيباني- أبو عبد اللـه محمد بن الحسن— تح مهدي حسن الكيلاني (بيروت عالم الكتب - ط الثالثة 1983م) —2/ 545-546. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الكاساني- علاء الدين أبوبكر بن محمد — (بيروت - دار الحديث-ب ط-سنة1986م) 138/5 —139. شرح فتح القدير - ابن الهمام — كمال الدين محمد بن عبد الواحد —) بيروت دار الفكر —ط السابعة 1986م) 259/6 —260. رد المحتار على الدر المختار- ابن عابدين —محمد بن عابدين — (بيروت - دار إحياء التراث العربي- ب ط —ب ت) 21/4. انظر في الفقه المالكي مثلا: مواهب الجليل للحطاب 276/4. البهجة في شرح التحفة - التسولي —أبو الحسن علي بن عبدالسلام (بيروت- دار المعرفة - ط الثالثة 1977م) —5/2. حاشية الخرشي-

المجهول[1]، و المصادر التي بين يدي والنقول التي تمكنت من الإلمام بها تؤكد اتفاق الفقهاء قديما وحديثا على هذا القول، ولم أجد من استبعد العلم كشرط من شروط صحة المعقود عليه في البيوع.

إن اشتراط العلم بالمعقود عليه لصحة البيع مبدأ قرره فقهاء المسلمين قديما وحديثا، ولا مخالف لهم ممن يعتد بقوله، وما نقل عن ابن سيرين[*] من القول بصحة بيع الغرر والمجهول

الخرشي- محمد الخرشي –(بيروت دار الفكر ب ط – ب ت) 23/5. حاشية العدوي على الرسالة - العدوي- علي بن أحمد بن مكرم الـلـه الصعيدي - (بيروت - دار الفكر - ب ط- ب ت) 127/2. المقدمات- ابن رشد – أبوالوليد محمد بن أحمد –تح سعيد أحمد اعراب (بيروت – دار الغرب الإسلامي ط الأولى 1988م) 62/2. انظر مثلا في الفقه الشافعي: الأم للإمام الشافعي 89-88/8. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج الشربيني- محمد الخطيب الشربيني (بيروت لبنان - دار الفكر ب ط –ب ت) 12/2 16. = =الميزان الكبرى - الشعراني – عبدالوهاب بن أحمد علي الأنصاري الشافعي – (- شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - ط الأولى – ب ت) 65/2 –66. حاشية الشرقاوي- الشرقاوي – عبد الـلـه بن حجازي بن إبراهيم – (بيروت - دار المعرفة ب ط- ب ت) 19/2-20. انظر في الفقه الحنبلي مثلا: المغني- لابن قدامة 83/4-84. مجموع فتاوى ابن تيمية - ابن تيمية –أحمد بن تيمية –جمع عبدالرحمان بن محمد بن قاسم – (السعودية - عالم الكتب ب ط 1991م) 22/29-25. المبدع في شرح المقنع- ابن مفلح –أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن عبد الـلـه بن محمد –(دمشق - المكتب الإسلامي –ب ط –1974م) 23/4 –25. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار - الشوكاني- محمد بن علي –تح – محمود إبراهيم زايد (بيروت - دار الكتب العلمية- ط الأولى 1985م) 5/3-6.. انظر في الفقه الظاهري: المحلى - ابن حزم – أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد – تح أحمد شاكر (القاهرة - دار التراث ب ط- ب ت) 343/8. انظر في الفقه الشيعي مثلا: – البحر الزخار للمرتضي299/4. وسائل الشيعة إلى تحسين مسائل الشريعة - العاملي –محمد الحسن الحر العاملي –تح عبد الرحمن الرباني الشيرازي – جايخانة اسلامية- دار كتا بفروش اسلامية ب ط - 1347 هـ) 254/12 وما بعدها. انظر في الفقه الإباضي: الإيضاح للشماخي 56/5وما بعدها.

(1) الغرر في العقود - الخفيف – علي الخفيف – مقال بعنوان –مجلة معهد البحوث والدراسات العربية –العدد الرابع –يونيو 1973م دار نافع – ص117 وما بعدها. - الفقه الإسلامي وأدلته- الزحيلي- وهبة الزحيلي (دمشق -دار الفكر إعادة طبعة 1996م) 379/4-380. مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية - الصاوي –محمد صلاح محمد الصاوي –(القاهرة - دار الوفاء- ط الأولى –1990م) ص 392. الملكية ونظرية العقد- أبوزهرة –محمد أبوزهرة (القاهرة – دار الفكر –ب ط) 1977م –ص220.

(*) ابن سيرين هو محمد بن سيرين البصري الأنصاري بالولاء، إمام وقته في علوم الدين بالبصرة، تابعي من أشراف الكتاب و تفقه وروى الحديث، واشتهر بالورع وتعبير الرؤيا، توفي سنة 110 هـ الأعلام- الزركلي – خير الدين الزركلي – قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين – بيروت - دار العلم للملايين - ط الرابعة سنة 1999 م) 154/6.

فهو محل نظر من حيث المعنى وثبوت نسبته له[1]، لكن وإن صحت هذه العبارة وحملناها على ظاهرها، ولم نقبل تأويل بعض العلماء لها، فلا يعتد بها لمخالفتها إجماع الفقهاء، والأدلة التي اعتمدوها في قولهم بعدم جواز بيع المجهول لتخلف شرط العلم.

لقد استند الفقهاء في قولهم بعدم جواز بيع المجهول على أدلة نقلية وعقلية، نورد في هذا المبحث أهم الأدلة النقلية التي اعتمد عليها الفقهاء لتأييد قولهم.

الأدلة النقلية.

-1 **الآثار الواردة عن الرسول ﷺ في النهي عن بيع الغرر،** وذلك لأن الجهل نوع من أنواع الغرر بل أهمها ولبه، وهو ما ذهب إليه أكثر الفقهاء إن لم نقل بأن هناك إجماع على ذلك[2]، وقد ورد أكثر من حديث في النهي عن بيع الغرر بلفظه، ناهيك عن النهي عن بيوع اتفق الفقهاء بأن علة النهي هي الغرر، ونورد بعضا من الأحاديث التي جاء النهي فيها عن بيع الغرر صراحة، وأهمها:

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه، (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر) [3].

---

(1) لقد نقل ابن حجر والعيني ما رواه الطبري عن ابن سيرين من جواز بيع الغرر، وقد أورد ابن بطال توجيهين لرواية ابن سيرين إحداهما:أن ابن سيرين أجاز بيع المجهول قبل أن يبلغه النهي، وثانيهما: أن الغرر الذي قصده ابن سيرين هو الغرر اليسير التابع كالغرر في بيع الثمرة التي لم تخرج تبعا لما بدا صلاحه، أو بيع الثمرة تبعا للشجرة. انظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري - ابن حجر العسقلاني –أحمد بن علي بن حجر العسقلاني–راجعه قصي محب الدين الخطيب (القاهرة - دار الريان للتراث –ا ط الأولى 1986 م) 418/4. عمدة القارئ شرح صحيح البخاري - العيني –بدر الدين أبو محمد بن أحمد (بيروت دار إحياء التراث العربي –ب ط –ب ت) 265/11.

(2) لهذا نجدهم كثيرا ما يرجئون عدم جواز عقود الغرر إلى الجهل بالجنس أو الصفة أو القدر كبيع السمك في الماء وبيع الحصاة انظر:الأم للشافعي 87/8. بدائع الصنائع للكاساني 174/5. شرح فتح القدير لابن الهمام 42/6. المغني لابن قدامة 223/4 224. مواهب الجليل للحطاب 282/4. ما يهمنا في هذه الفقرة أن اعتبار الجهل نوع من الغرر هو رأي أكثر الفقهاء وأن أدلة منع الغرر تتضمن منع الجهل أيضا أما ما يميز الجهل عن بقية أنواع الغرر فسنوضحه في باب المقارنة.

(3) رواه مسلم – صحيح مسلم - مسلم –أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري –تح محمد فؤاد عبدالباقي –كتاب البيوع – باب بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر (القاهرة دار الحديث ط الأولى 1412 هـ) 1991م–1153/3.

ب- عن ابن عباس رضي الله عنهما أخرجه ابن ماجة من حديث عطاء رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر) [(1)].

إن هذه الآثار الواردة عن الرسول ﷺ من أهم الأدلة النقلية التي اعتمدها الفقهاء في قولهم بعدم جواز بيع المجهول للغرر.

وهذه الأخبار وإن كانت كلها أخبار أحاد إلا أن تساندها وشهرتها تقوي دلالتها، والدليل على ذلك إجماع الفقهاء على ما تضمنته من أحكام، وهي عدم صحة بيع الغرر، ويسري هذا على بيع المجهول لشمول الغرر له، فهذه الآثار تدل على عدم جواز بيع المجهول بطريق الملازمة.

2- **لقد نهى رسول الله ﷺ عن بيوع كان يبتاعها أهل الجاهلية**، وقد اتفق العلماء أن النهى عن هذه البيوع لمعنى لا لذاتها، ويعبرون عن هذا المعنى بالغرر تارة، و بالجهل تارة، ومن أمثلة ذلك ما ذكره الترمذي في حديث بيع حبل الحبلة[(2)]، بأنه بيع مفسوخ عند أهل العلم، وهو من بيوع الغرر، وسنوضح ذلك أكثر عند ذكر نماذج من هذه البيوع التي نهى عنها الرسول ﷺ، واتفق الفقهاء على أن النهى فيها لمعنى.

إن اعتبار النهي عن هذه البيوع لمعنى يترتب عليه إلحاق كل بيع شارك هذه البيوع في

واللفظ عن أبي هريرة للترمذي - سنن الترمذي – الترمذي – أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة –تح محمد فؤاد عبد الباقي – (مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ط الثانية 1968م–) كتاب البيوع –باب ما جاء في كراهة بيع الغرر 523/3.

(1) اللفظ لابن ماجة- سنن ابن ماجة –أبوعبد الله محمدبن زيد القزويني – تح محمد فؤاد عبدالباقي –ب ط –ب ت – المكتبة العلمية بيروت لبنان –كتاب التجارات باب النهي أن يبيع حاضر لبادي –537/2. المعنى لمسلم –صحيح مسلم لمسلم كتاب البيوع - باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر 1153/3. سنن النسائي بشرح السيوطي النسائي –أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب بن علي (القاهرة المطبعة المصرية بالأزهر –ب ط –ب ت) كتاب البيوع باب التجارات –262/7. الترمذي – سنن الترمذي للترمذي –كتاب البيوع باب في كراهية بيع الغرر 523/3. سنن أبي داود –أبو داود – أبوسليمان بن الأشعث السجستاني –تح محمد محي الدين عبدالحميد (بيروت المكتبة العصرية –ب ط – ب ت) كتاب البيوع باب في بيع الغرر – 254/3.

(2) الحديث رواه الترمذي عن ابن عمر رضي الله عنهما (أن النبي ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة) سنن الترمذي للترمذي –كتاب البيوع – باب ما جاء من بيع حبل الحبلة 522/3.

معنى النهى، وهذا يقتضيه القياس، والذي يعد من أهم المصادر العقلية في الفقه الإسلامي عند أكثر أهل العلم[1]، وفيما يلي نماذج من البيوع المنهي عنها للجهل.

أ - **بيع حبل الحبلة،** وهو بيع نتاج الأنعام، ونتاج النتاج، أي ما في بطونها، وما ستنتجه الأجنة التي في البطون، وقد وردت أحاديث في النهي عن هذا البيع، كما تضمنت بعض الأحاديث بيان معناه، من هذه الأحاديث ما روي عن عبد الـله بن عمر رضي الله عنهما، (أن النبي ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة، وكان بيعا يبتاعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة، ثم تنتج التي في بطنها) [2].

لقد اتفق الفقهاء على عدم جواز هذا البيع، كما اتفقوا على أن النهي للجهل بالمعقود عليه؛ الجهل بحياته من عدمها؛ فقد يسقط قبل تمامه؛ قد ينزل ميتا، وإذا ولد حيا فالجهل يكتنفه من حيث الوصف، أي ما يكون عليه من أوصاف تختلف قيمة المبيع تبعا لها، ومن

(1) لقد اتفق جمهور الأصوليين على أن القياس مصدر من مصادر التشريع خلافا للظاهرية، ومشاركة الأصل للفرع في علة الحكم، والتي هي الوصف المنضبط الذي يعتقد المجتهد أنه مناط الحكم من شرائط العلة، واعتبار القياس مصدرا من مصادر التشريع هو المعتمد، والذي عليه العمل الأن في معظم الدول الإسلامية، وهو الذي يتفق مع مرونة الشريعة وعموميتها، ونظرا لأن المجال لايسع لعرض تفاصيل هذه المسألة اكتفيت بالإشارة إلى ما عليه العمل، واتفق عليه الجمهور، ونحيل القارئ لمراجعة إشكالية المسالة في مظانها من كتب الأصول.

وانظر مثلا: المستصفى -الغزالي –أبو حامد محمد –ط الأولى 1324 هـ – ب دار 292/2 ومابعدها. الإحكام في أصول الأحكام الأمدي –سيف الدين أبوالحسن علي بن محمد–تح أحمد فاضل (القاهرة - مؤسسة الحلبي وشركاه –ب ط –ب ت) باب القياس 168/3 وما بعدها. كشف الأسرار عن أصول البزدوي - علاء الدين البخاري –علاء الدين عبدالعزيز أحمد – (بيروت دار الكتاب العربي ط جديدة 1394 هـ) –27/3 وما بعدها. مختصر المنتهى- ابن الحاجب –ابن الحاجب المالكي – (القاهرة - مكتبة الكليات الأزهرية –ب ط –1974م) -204/2 وما بعدها.

مناظرات في أصول الشريعة بين ابن حزم والباجي- التركي –عبدالمجيد التركي –تح عبدالصبور شاهين وغيره (بيروت - دار الغرب الإسلامي ط الأولى 1986م) ص 342-390.

(2) اللفظ للبخاري- صحيح البخاري -أبو عبد الـله إسماعيل بن إبراهيم – (بيروت – دار الفكر -ب ط –سنة1981م) كتاب البيوع باب بيع الغرر وحبل الحبلة –24/3 –25.

رواه مسلم صحيح مسلم لمسلم –كتاب البيوع –باب تحريم بيع حبل الحبلة 1153/3.

كما رواه النسائي بنفس المعنى وإن اختلف اللفظ –سنن النسائي للنسائي –كتاب البيوع باب التجارة –293/7. والمعنى لأبي داود –سنن أبي داود لأبي داود كتاب البيوع –باب بيع الغرر 255/3.

حيث الجنس، هل هو ذكر أو أنثى، وهذا الاختلاف له أثر في قيمة المبيع، فالجهل يحيط بالمبيع من عدة جوانب، كما أنه لا يثبت في الذمة مما يمنع تحقق مقصود البيع وقت التعاقد[1].

إن النهي عن بيع حبل الحبلة للجهل بالمعقود عليه دليل على عدم صحة بيع المجهول، وقد اعتمد عليه الفقهاء في القول بعدم صحة بيع المجهول في البيوع عموما لنفس المعني، وذلك خلافا لأصول الظاهرية لالتزامهم بظاهر النص، كما سبق وأن أوضحت، واعتبار أن علة النهي هي الجهل من الأدلة التي اعتمد عليها الفقهاء في قولهم بعدم جواز بيع المجهول، واتفاق جمهور الفقهاء على عدم جوازه للجهل من أهم الأدلة النقلية التي تؤيد قولهم، ولا يعتد بمخالفة أهل الظاهر للجمهور في عدم إلحاق أي بيع في معنى هذا البيع به، لعدم رجاحة الأساس المعتمد عليه، وهو عدم جواز الاحتجاج بالقياس.

هذا وقد اتفق أكثر شراح الحديث على أن النهى عن بيع حبل الحبلة لمعنى لا لذاته، وأن هذا المعنى هو الجهل[2].

ب- بيع الملامسة: نعني ببيع الملامسة انعقاد العقد بمجرد لمس المعقود عليه، فالبيع تم

(1) انظر مثلا في الفقه الحنفي: بدائع الصنائع للكاساني 139/5. شرح فتح القدير لابن الهمام 6 / 411. البحر الرائق لابن نجيم – 8/6. حاشية ابن عابدين لابن عابدين –107/4. انظر في الفقه المالكي: المنتقى في شرح الموطأ- الباجي – أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد (القاهرة- مطبعة السعادة ط الأولى 1332هـ) –162/4- 163. حاشية العدوي على الرسالة للعدوي 155/2. بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ابن رشد الحفيد –محمد بن أحمد بن محمد – (بيروت - دار الكتب العلمية ط العاشرة 1988م) 148/2-149. انظر في الفقه الشافعي مثلا: الأم للإمام الشافعي 87/8. حاشية الشرقاوي للشرقاوي 52/2. مغني المحتاج للشربيني 30/2 وما بعدها. – زاد المحتاج بشرح المنهاج- الكوهجي –عبد اللـه بن الشيخ حسن الحسين–تح عبد اللـه بن إبراهيم الأنصاري – (بيروت - المكتبة العصرية –ب ط 1988) 31/2 وما بعدها:. انظر في الفقه الحنبلي مثلا المغني لابن قدامة 230/4 وما بعدها. مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 25/29. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل - الحجاوي –شرف الدين موسى –تح عبداللطيف محمد موسى (بيروت - دار المعرفة–ب ط –ب ت) 67/2. انظر في الفقه الظاهري: المحلى لابن حزم 8/ 458. وفي الفقه الشيعي: وسائل الشيعة للعاملي !261/2 –262. وفي الفقه الاباضي الإيضاح للشماخي.

(2) المنتقى في شرح الموطأ للباجي 162/4 –163. صحيح مسلم بشرح النووي- النووي –أبوزكريامحي الدين بن شرف - تح عصام الصياطي وغيره (القاهرة - دار الحديث ط الأولى 1415ه 1994م) 714/4. -فتح الباري لابن حجر 418/4. نيل الأوطار للشوكاني –243/5 – 244. التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول ﷺ- ناصف –منصور علي ناصف – (استانبول - مكتبة باموق - ط الثالثة 1981م) 205/2.

بمجرد لمس المشتري للمبيع، فالبيع تم دون ترو، أو مساومة، أو تقليب للمبيع، أو الكشف عن أوصافه، أو نوعه أو جنسه، وقد وردت عدة أحاديث عن الرسول ﷺ نصت على النهي عن بيع الملامسة، وقد تضمنت بعض هذه الروايات تعريف بيع الملامسة، واقتصرت بعض الروايات على النهي عن هذا البيع دون التعرض للتعريف، ولعل سبب ذلك الاكتفاء بالمعنى اللغوي لأنه المراد، أو اشتهاره في العرف، ولهذا اكتفى الرسول ﷺ بالنهي عن البيعتين، وأحال تحديد المعنى إلى ما هو متعارف عليه، أو إلى المعنى اللغوي، وما يهم لصحة الاستدلال، وسلامته هو أن المعنى المشار إليه، والذي استند عليه الجمهور في استدلالهم اتفقت عليه الروايات التي عرفت الملامسة، كما أن المعنى المتعارف عليه، والمعنى اللغوي يشمله، وسيتضح ذلك من خلال الروايات التي أعرضها كأمثلة للنهي عن الملامسة، وأراء العلماء.

بعض الروايات الواردة في النهي عن بيع الملامسة.

- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، (أن رسول اللـه ﷺ نهى عن المنابذة، وهى طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر إليه، والملامسة لمس الثوب لا ينظر إليه) [1].
- عن أبي هريرة رضي الله عنه، (أن رسول اللـه ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة) [2].

لقد وردت أحاديث كثيرة في النهي عن بيع الملامسة، واستنادا على هذه الأحاديث اتفق الفقهاء على عدم جوازه، واتفق جمهور الفقهاء خلافا للظاهرية على أن النهي لعلة، وهذه العلة هي الجهل بالمعقود عليه -الثمن، المثمن – ويلحق بهما كل ما في معناهما وفقا لأحكام القياس، أما الظاهرية فخالفوا الجمهور في جواز الإلحاق لإنكارهم للقياس، وإن وافقوا الجمهور في القول بعدم جواز بيع المجهول، ولكن بأدلة أخرى، فالبيع هنا مجهول الصفة،

(1) اللفظ للبخاري – صحيح البخاري للبخاري –كتاب البيوع – باب بيع الملامسة 25/3. وانظر في نفس المعنى مثلا: سنن النسائي للنسائي –كتاب البيوع - باب التجارات 254/6. سنن أبي داود لأبي داود – كتاب البيوع - باب بيع الغرر 3/ 260 261.

(2) اللفظ للبخاري – صحيح الخاري للبخاري –كتاب البيوع - باب بيع الملامسة 25/3. وفي هذا المعنى للنسائي عن أبي سعيد الخدري – سنن النسائي للنسائي –كتاب البيوع – باب التجارات 254/7. رواه أبو داود سنن أبي داود لأبي داود كتاب البيوع باب بيع الغرر 3 / 260.

والجنس، والقدر، والنوع، أو أحد هذه الأمور على الأقل، فبيع الملامسة قائم على المخاطرة، والمقامرة، كما أنه خال من معايير التقييم، والكشف عن حقيقته وأوصافه، والتي بناء عليها تحدد، فالإيجاب والقبول ارتبطا بشيء مجهول سواء كان الجهل كاملا أو جزئيا، ففي هذا البيع قد تتحقق المماثلة، وقد لا تتحقق بين الثمن والمثمن، كما أن البائع وقت التعاقد يجهل ما يقبض من الثمن، والمشتري يجهل ما يقبض من المثمن، فأوصاف المعقود عليه هنا مجهولة، وقد يقترن بذلك الجهل بالجنس، أو القدر، أو النوع، وهذه الأمور هي التي تحدد قيمة المبيع، وتحدد مدى الرغبة في شرائه من عدمها وفقا لمتطلبات الحياة، ولهذا كانت هذه الأحاديث من أهم الأسانيد التي اعتمد عليها الفقهاء في قولهم بعدم صحة بيع المجهول، لأن النهي معقول المعنى، فالنهي عن الملامسة لما يكتنفها من الجهل لا لذاتها، ولهذا يقاس عليها ما في معناها، وما وقع من خلاف في تحديد المقصود ببيع الملامسة المنهي عنه لا يؤثر في دلالة النصوص على النهي عن بيع المجهول، وذلك لأن القدر المتفق على شمول البيع له استنادا على المعنى اللغوي أو العرفي أو المحدد في بعض النصوص هو المعنى الذي ذكرته في بداية هذه الفقرة، وهو كاف في محل الاستدلال[1].

إن قول جمهور الفقهاء بأن النهي عن بيع الملامسة الوارد عن الرسول ﷺ للجهل،

(1) انظر في الفقه الحنفي مثلا: الهداية بشرح بداية المبتدي- المرغيناي – أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبدالجليل – (القاهرة - مكتبة مصطفى البابي الحلبي –ط الأخيرة –ب ت) 44/3. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق- الزيلعي – فخر الدين عثمان بن علي (دار الكتاب الإسلامي - ط الثالثة - ب ت) 4/47-48. البحر الرائق لابن نجيم –93/6 وما بعدها. انظر في الفقه المالكي مثلا: المدونة الكبرى - سحنون - سحنون بن سعيد التنوجي –ضبط أحمد عبدالسلام (بيروت - دار الكتب العلمية ط الأولى 1994م) –253/3- 254. - المنتقى شرح الموطأ للباجي 286/4. –التفريع - ابن الجلاب – أبوالقاسم عبد اللـه بن الحسين - تح حسين سالم الدهماني (بيروت - دار الغرب الإسلامي- ط الأولى 1987م) 164/2. القوانين الفقهية- ابن جزي – أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي (ليبيا، تونس، الدار العربية للكتاب –ب ط – سنة 1982 م) ص262. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير- ابن عرفة- محمد عرفة الدسوقي (بيروت – دار الفكر – ب ط – ب ت) 56/3. انظر في الفقه الشافعي مثلا:مغني المحتاج للشربيني 30/2 – 31. حاشية حجازي للشرقاوي 56/2. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب -أبو يحي الأنصاري – أبو يحي زكريا الأنصاري (القاهرة - شركة مصطفى البابي الحلبي - ط الأخيرة 1948 م 1) /164. انظر في الفقه الحنبلي مثلا المغني لابن قدامة 228/4 – 229. مجموع فتاوي ابن تيمية لابن تيمية 22/29-23. المبدع في شرح المقنع لابن مفلح 29/4. كشف القناع عن متن الإقناع- البهوتي –منصور بن يونس بن إدريس – مراجعة هلال مصيلحي (بيروت - عالم الكتب ب ط 1983 م) 166/3. انظرفي الفقه الظاهري: المحلى لابن حزم 342/8. وفي الشيعي البحر الزخار للمرتضي 294/4. وفي الإباضي الإيضاح للشماخي 56/5.

وليس لذاته أيده أكثر شراح الحديث[1]. وهذا دعا مجتهدو العصر إلى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور، والقول بإلحاق كل ما في معنى بيع الملامسة من البيوع الحديثة التي أحدثها التطور التجاري وسبله، وعليه يسري ما قيل على كل عقد تحقق فيه معنى النهي، ولا عبرة باختلاف الاسم، أو الشكل، وإنما العبرة بتحقق معنى النهي[2].

ج- بيع الثمر قبل بدو صلاحه، المقصود من هذا البيع هو بيع الثمر مستقلا عن الشجر، أي قبل بدو الصلاح، ويقصد ببدو الصلاح هو تمام مراحل نمو الثمر أو الزرع لحصول منافعه المعتادة، وعدم حاجته للشجر أو للزرع لتمام نموه، وبدو الصلاح يختلف من ثمر لأخر، فمجرد الانتفاع بأي وجه لا يعد بدوا للصلاح، واختلاف الفقهاء في بيع الثمر بمجرد الانتفاع بأي وجه لا يعني بدو الصلاح بذلك، وإنما هو اختلاف في تحقق علة منع بيع الثمر قبل بدو الصلاح وسأوضح ذلك في موضعه.

لقد أشارت بعض الأحاديث التي بينت أحكام بيع الثمر قبل بدو صلاحه إلى علة المنع، كما بينت ما يكون به بدو الصلاح في الثمر الموجود زمنهم وفقا لمنافعه الطبيعية والمعتادة، وقبل عرض أراء الفقهاء في بيع الثمر قبل بدو صلاحه، ووجه الاستدلال بها على النهي نذكر نماذج من الأحاديث الواردة عن الرسول ﷺ في بيع الثمر قبل بدو صلاحه، منها:

- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، (أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، نهى البائع والمبتاع)[3].

---

(1) المصنف في الأحاديث والآثار – ابن أبي شيبة – عبد الله بن محمد بن أبي شيبة إبراهيم بن عثمان بن أبي بكر (بيروت، لبنان – دار الفكر – ب ط – سنة 1989م) 133/6 وما بعدها. صحيح مسلم بشرح النووي للنووي 413/4-414. عمدة القارئ للعيني 167/11-168. تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للأحوذي 447/4. نيل الأوطار للشوكاني 446/5 – 447. التاج الجامع للأصول لناصف 205/2 – 256.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 436/4 وما بعدها. الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة -الضرير –الصديق محمد الأمين – (بيروت - دار الجيل– الخرطوم - الدار السودانية للكتب ط الثانية 1410هـ 1990م) ص 129 وما بعدها. مشكلة الاستثمار وكيف عالجها الإسلام للصاوي ص 376.

(3) اللفظ للبخاري _ صحيح البخاري للبخاري – كتاب البيوع باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها 34/3. رواه مسلم – صحيح مسلم لمسلم كتاب البيوع باب بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع 1165/3. المعنى للنسائي – سنن النسائي للنسائي – كتاب البيوع باب التجارة 264/7. المعنى لأبي داود – سنن أبي داود لأبي داود كتاب البيوع - باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.

- عن أنس بن مالك ﷺ، (أن رسول اللـه ﷺ نهي عن بيع الثمار حتى تزهو قيل وما تزهو يا رسول اللـه قال حتى تحمر، وقال رسول اللـه ﷺ أرأيت إن منع اللـه الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه) [1].

لقد وردت عدة أحاديث عن الرسول ﷺ صرحت بالنهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وقد اقترن النهي في بعض الروايات بالإشارة إلى علة التحريم، ومضمون هذه العلة الجهل بالمبيع، وما يتضمنه من مخاطرة ومقامرة، فجاء النهي لمنع الجهل، والحد من المخاطرة والمقامرة، وما تورثه من منازعة، وذلك بالحرص على تحديد المعقود عليه بالوصف، والقدر، والجنس وقت التعاقد، بحيث يستطيع كل طرف تقييم العوض ومعرفته، دون دخول عنصر المقامرة والمضاربة على الثمن أو المثمن، لكي يصدر الإيجاب والقبول عن رضا تام، غير خال أي عوض عن مقابل، وهذا ما يبرر التفرقة بين البيع قبل بدو الصلاح بشرط القطع وبدونه إذا أمكن الاستفادة من المبيع بأي وجه من وجوه الانتفاع، فأجاز بعض الفقهاء البيع قبل بدو الصلاح بشرط القطع إن أمكن الاستفادة منه ولو قبل بدو الصلاح، أما مع شرط الترك فقد اتفقت كلمة الفقهاء على عدم جوازه، وأفصل المسألة في محلها.

إن اتفاق الأحاديث الواردة في النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها في المعنى والمقصد أدى إلى الاطمئنان إليها، واستنادا على هذه الأحاديث اتفق الفقهاء، وأكثر شراح الحديث على عدم جواز بيع الثمار قبل بدو صلاحها، وأن هذا الحكم لمعنى، وليس لذاته، وهذا المعنى هو الجهل بالمعقود عليه، وربطوا الحكم بالجهل، واتفق الفقهاء خلافا للشيعة على جواز البيع إذا انتفت هذه العلة كالبيع قبل بدو الصلاح إن أمكن الانتفاع به بأي وجه من وجوه الانتفاع، وكان بشرط القطع، و بناء على أن الجهل ينتفي في هذه الصورة، بخلاف الحال في البيع قبل بدو الصلاح بشرط الترك، أو في حالة عدم إمكانية الانتفاع به بأي وجه من وجوه الانتفاع، أما اختلافهم في البيع بدون شرط فأساسه اختلافهم في تقدير وجود العلة من

(1) اللفظ للنسائي –سنن النسائي للنسائي –كتاب البيوع باب التجارة 264/7. المعنى للبخاري –صحيح البخاري للبخاري -كتاب البيوع –باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها 34/3. المعنى لأبي داود –سنن أبي داود لأبي داود –كتاب البيوع -باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها 252/3 – 253. المعنى لابن ماجة عن جابر ﷺ – سنن ابن ماجة لابن ماجة كتاب التجارات – باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها 747/2.

عدمها، أي أنهم ربطوا الحكم بالجهل، وهذا دليل على أن النهى ليس لذاته، كما أنه يجوز إلحاق كل ما في معناه به لدوران الحكم مع علته وجودا وعدما مادام الحكم معللا، وسأوضح تفاصيل هذه المسألة عند بيان الجهل المؤثر في البيوع لكفاية ما ذكرته في إثبات المراد، وقد وافق الإباضية الجمهور في القول بعدم جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحه للجهل[1]، وتناقضت نقول الشيعة، فبعضها وافق الجمهور من حيث المبدأ في القول بعدم جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحه للجهل، وأجاز بعضها بيع الثمر قبل بدو الصلاح، واعتبر النهي الوارد عن الرسول ﷺ ليس لمنع البيع، وإنما هو لقطع الخصومة التي وقعت[2]، ويرد على الشيعة الذين أجازوا البيع بأن النهي عن بيع المجهول والميسر ما كان إلا لمنع المنازعة، والخصومة إن لم تكن مرادفة للمنازعة فهي من أهم أسباب المنازعة، فتعليلهم النهي بالخصومة يقتضي منع البيع من باب أولى، وقد تضمنت عبارات من منع البيع من الشيعة دلالة قطع الخصومة على المنع من باب أولى، من ذلك ما ورد في الروض النظير، (بأن كل ما فيه غرر أو خيانة أو كان مؤديا إلى الخلاف والتشاجر فهو باطل، وإنما نهى الرسول ﷺ عن هذه البيوع تحصينا للأموال أن تضيع وقطعا للخصومة والنزاع من أن يقعا بين الناس فيها) [3]، كما أن

(1) انظر في الفقه الحنفي مثلا: الحجة للشيباني 486/2. بدائع الصنائع للكاساني 138/5 – 139. شرح فتح القدير لابن الهمام 276/6 وما بعدها. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 4/ 5 وما بعدها. انظر في الفقه المالكي مثلا: المدونة لسحنون 188/3 – 189. مواهب الجليل للحطاب 503/4 وما بعدها. فتح الجليل على شرح مختصر خليل - عليش –الشيخ محمد عليش – (بيروت - دار الفكر ب ط 1989 م) 289/5 – 290. انظر في الفقه الشافعي مثلا: الأم للإمام الشافعي 68/3 وما بعدها. مغني المحتاج للشربيني 88/2 وما بعدها. حاشية حجازي للشرقاوي 59/2. انظر في الفقه الحنبلي مثلا: المغني لابن قدامة 93/4 – 94. مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 29 /47. المبدع في شرح المقنع لابن مفلح 165/4 – 166. الإقناع للحجاوي 129/2. انظر في الفقه الإباضي: الإيضاح للشماخي 57/5 وما بعدها. انظر في شراح الحديث مثلا: صحيح مسلم بشرح النووي للنووي 444/5 – 445. عمدة القارئ للعيني 5/12 وما بعدها. فتح الباري لابن حجر 461/5 – 462. تحفة الأحوذي للأحوذي 339/4 – 354. سبل السلام شرح بلوغ المرام- الصنعاني –محمد بن إسماعيل الأمير –تح إبراهيم عصر – (القاهرة - دار الحديث ب ط - ب ت) 860/3 – 861. التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول لناصف 207/2.

(2) وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة للعاملي 3/13. البحر الزخار للمرتضي 314/4. الروضة البهية للعاملي وغيره 271/3 وما بعدها.

(3) الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير - السياغي الحيمي –شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين بن علي ابن محمد بن سليمان بن صالح (بيروت - دار الجيل ب ط – ب ت) 241/3.

قولهم بالجواز يؤدي إلى التناقض بين الأسباب والنتيجة التي توصلوا إليها، ولأن القضاء على المنازعة وأسبابها من أهم المبادئ العامة التي اعتبرها المشرع في أحكام المعاملات بشكل خاص، أما الظاهرية وإن وافقوا الجمهور في القول بعدم جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحه من حيث المبدأ، وذلك لورود النص على منعه، فقد خالفوا الجمهور في القول إن النهي لمعني يرتبط به الحكم، وذلك لالتزامهم بظاهر النصوص، ولهذا خالفوا الجمهور في القول بجواز بيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط القطع وإن كان منتفعا به، وهذا أساسه التزامهم بظاهر النصوص[1]، وقد أشرت إلى هذه النقطة في بداية هذا البحث، وأيد أهل الظاهر الشوكاني بعدم جواز بيع الثمر قبل بدو الصلاح بشرط القطع، ورفض أن تكون هذه العلل التي ذكرها جمهور الفقهاء أساسا للنهي، ولا تصلح أن تقيد ظاهر النص، لأن النصوص نهت عن بيع الثمر قبل بدو الصلاح، ولم تستثن النصوص بيع الثمر قبل بدو الصلاح بشرط القطع، والعلة المذكورة لا تصلح لتقييد النص لأنها موهومة، وانتقد من ادعى الإجماع بأن النهي مبني على علة الجهل، ودوران الحكم مع هذه العلة وجودا وعدما[2].

إن الشوكاني[*] وافق أهل الظاهر في القول بعدم جواز القياس على بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وعدم إلحاق ما اشترك معه في معنى النهي، ولكن ليس التزاما بالظاهر، وعدم جواز الإلحاق بشكل مطلق، وإنما لأن العلة المذكورة لا تصلح سببا لتقييد النص، ولا نؤيده في تضعيف علة الفقهاء في النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه[3]، لأن في قول الرسول ﷺ: (... أرأيت إن منع اللـه الثمرة فبم تحل مال أخيك)[4] إشارة صريحة إلى علة النهي.

---

(1) والرأي عندي أن تقيد أهل الظاهر بالنص قادهم إلى نتائج غريبة، لا يمكن قبولها في إطار معقولية المعنى في المعاملات، وربطهابالمصالح - جوازا والمفاسد منعا، ومن أمثلة ذلك: إجازتهم لبيع القصيل قبل أن يصير سنبلا، ولو كان غير منتفع به بشرط القطع أو الترك، وحجتهم في ذلك ورود النص في السنبل وعدم وروده في القصيل، و دون مراعاة لأي معنى للمنع، ولو كان في القصيل من باب أولى - راجع في أحكام بيع القصيل المحلى لابن حزم 404/8 – 405.

(2) نيل الأوطار للشوكاني 275/5.

(*) الشوكاني هو محمد بن علي بن محمد بن عبدالله، فقيه مجتهد، من كبار علماء اليمن، من أهل صنعاء له 14 مؤلفا، توفي سنة 1250هـ انظر الأعلام للزركلي 298/6

(3) المرجع السابق302/5 - 303.

(4) رواه النسائي – سنن النسائي للنسائي كتاب البيوع –باب التجارة 264/7.

يدل العرض السابق على اتفاق أكثر أهل العلم على القول بعدم جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحه، ولم ينقل إلينا إجازة بيع الثمر قبل بدو الصلاح، إلا ما نقله بعض شراح الحديث عمن تمسك بظاهر ما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال: (كان الناس في عهد رسول الـلـه ﷺ يتبايعون الثمار، فإذا جذ الناس وحضر تقاضيهم، قال: المبتاع إنه أصاب الثمر الضمان، أصابه مراض، أصابه قشام، عاهات يحتجون بها فقال رسول الـلـه ﷺ: لعل كثرت عنده الخصومة في ذلك، فإما لا فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر، كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم، قال وأخبرني خارجة ابن زيد بن ثابت لم يكن يبيع ثمار أرضه حتى تطلع الثريا فيتبين الأصفر من الأحمر) [1].

لقد نقل بعض شراح الحديث تمسك قلة من العلماء بظاهر هذا الحديث، للقول بصحة بيع الثمار قبل بدو الصلاح، وأن النهي ليس للتحريم، إنما هو لقطع الخصومة، كما نقل ذلك عن بعض علماء الشيعة، وقد أشرت إلى ذلك، [2] وهذا القول مردود لمخالفته لنصوص كثيرة صرحت بالنهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه، واقترن بعضها بالعلة فكثرتها وقوة دلالتها أولى بالاعتماد، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن دلالة حديث النهي عن بيع الثمر قبل بدو الصلاح أقوى من دلالته على عدم النهي عن بيع الثمر قبل بدو الصلاح، لأن حسم النزاع والقضاء على مادة الخصومة من أهم الأسباب التي من أجلها حرم الـلـه الميسر، وبيع كل ما فيه مخاطرة لقوله تعالى:)**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُون. إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ الـلـه وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ**)[3].

إن الخصومة في بيع الثمر قبل بدو صلاحه سببها عدم قبول نتيجة المخاطرة، والمقامرة التي أقبل عليها أطراف العقد وقت التعاقد.

من خلال ما سبق يتضح اتفاق الفقهاء على عدم جواز بيع المجهول، واستدلوا بعدة أدلة

---

(1) اللفظ للبخاري – صحيح البخاري للبخاري – كتاب البيوع – باب بيع الثمار قبل بدو صلاحها 33/3. أبو داود – سنن أبي داود لأبي داود – كتاب البيوع باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها 252/3 – 253.

(2) عمدة القارئ للعيني 3/12. فتح الباري لابن حجر 461/4. وسائل الشيعة لتحصيل مسائل الشريعة للعاملي 3/13.

(3) الأية 92، 93من سورة المائدة.

نقلية، منها النهي عن بيع الغرر، والنهي عن بيوع اتفق الفقهاء ما عدا الظاهرية أن النهي عن جلها للجهل بالمعقود عليه، وليس لذاته، كالنهي عن بيع حبل الحبلة، وبيع الحصاة، والملامسة.

قد يرد اعتراض مفاده التساؤل عن عدم نهي الرسول ﷺ عن الجهل بالنص الصريح، وذلك لإزالة أي إشكال قد يرد، ما دام الأمر بهذه الأهمية، وللدور الكبير الذي يلعبه في المعاملات.

لم أجد من أورد هذا الاعتراض، وأجاب عنه، وسأحاول الإجابة عليه من خلال فهمي لأدلة الموضوع، وذلك بأحد أمرين:

الأول: عدم تحريم جنس الجهل، لأنه لو ورد النهي عن الجهل لاعتقد البعض أن جنس الجهل محرم، ولا يمكن القول بأن جنس الجهل محرم، وسيتضح عند الحديث عن الجهل المؤثر أن هناك نوع من الجهل تجاوز عنه الشارع لضرورة المعاملة، وعدم إمكانية الاحتراز منه إلا بمشقة، أي أن تكاليف الاحتراز منه أكثر من قيمة المبيع نفسه، أو مفاسد النهي عنه أكثر من مصالح الاحتراز منه، ولهذا لم يرد نص ينهى عن الجهل بشكل مطلق، واكتفى بالنهي عن بعض البيوع، وبيان حكمة النهي لكي يقاس عليها ما في معناها، ومن خلالها يمكن تحديد الجهل الداخل دائرة النهي، فيفسح المجال أكثر للاجتهاد، والنظر للحكم من خلال القصد من النهي عن بيع المجهول، في إطار المصالح المراد حمايتها، وهذا يعطي قواعد الشريعة مرونة أكثر، وهذا أساس النجاح وملائمة الشريعة لتطور الحياة، وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

الثاني: أن النهي عن الجهل لمعنى لا لذاته، ويتحدد الجهل المؤثر من خلال هذا المعنى، وهو المعني بالنهي أصلا، فقد يكون قدر من الجهل مؤثر في معاملة لوجود معنى النهي هنا، ولو نظر إليه في معاملة أخرى لكان غير مؤثر لعدم توفر ذلك المعنى، فتأثير الجهل في البيوع مرتبط بهذا المعنى، فمثلا الجهل بثمن سيارة في عقد البيع مانع من الصحة، إلا أن الجهل بقيمة الأجرة جملة أثناء العقد غير مؤثر، والأمثلة على هذا كثيرة، وسيوضح تطبيق ضابط الجهل على البيوع هذا الفارق.

المبحث الثاني

الأدلة العقليـة

لقد أيد الفقهاء قولهم بعدم جواز بيع المجهول بأدلة عقلية بالإضافة إلى النصوص السابقة، وأحاول في هذا المبحث عرض أهم هذه الأدلة، وبيان أوجه دلالتها على عدم جواز بيع المجهول.

أهم الأدلة العقلية التي اعتمد عليها الفقهاء.

-1 إن بيع المجهول فيه معنى القمار، والقمار من الميسر[1]، والميسر محرم في الشريعة الإسلامية بنص القرآن، فالميسر من النظم التي كانت سائدة في الجاهلية، وحرمها الإسلام، ويرى البعض بأن تحريمها جاء على مراحل، ففي المرحلة الأولى بين القرآن أن الميسر، وإن كان فيه منافع إلا أن مضاره أكثر من منافعه، فيقول الـلـه تعالى في ذلك: (**يَسْأَلونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا وَيَسْأَلونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ الـلـه لَكُمُ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُون**)[2].

(1) إن الميسر ضرب من ضروب القمار، وهو قمار الجاهلية، وقد اتفقت تعريفات المفسرين وضوابط الفقهاء على احتواء الميسر على عنصر المخاطرة، كما اتفقوا على شمول التحريم لكل ضروب المقامرة إما نصا وإما قياسا، ونظرا لأن المجال لا يتسع للتفاصيل، وكفاية ماذكرنا للاستدلال نحيل القارئ لمراجعة تفاصيل المسألة في مظانها انظر مثلا: الجامع لأحكام القرآن -القرطبي – أبو عبد الـلـه محمد بن أحمد الأنصاري (بيروت – دار الشام ط الثانية – ب ت) 58/3 وما بعدها، 291/6 وما بعدها. تفسير القرآن العظيم -ابن كثير الإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل–تح مصطفى السيد محمد وغيره (القاهرة - مؤسسة قرطبة - ط الأولى – 1421هـ 2000 م) 330/5 – 331. – اللباب في علوم الكتاب- ابن عادل الدمشقي – أبو جعفر عمر بن علي بن عادل– تح عادل أحمد عبد الموجود وغيره – (بيروت - دار الكتب العلمية - ط الأولى 1419هـ - 1998م) 35/4، 507/7. روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني -الألوسي – أبوالفضل شهاب الدين السيد محمد (بيروت- إحياء التراث العربي ب ط – ب ت) 15/7 – 16. لتحرير والتنوير -بن عاشور – محمد الطاهر بن عاشور (ليبيا - الدار الجماهيرية للنشر الجماهيرية، تونس - الدار التونسية ب ط – ب ت) 343/2وما بعدها.

(2) الأية 219 من سورة البقرة.

إن هذه الآية قرنت الميسر بالخمر، ومعروف أن الخمر أم الشرور، إضافة إلى أن الآية تحث على ترك الخمر والميسر، فكل عاقل يحاول تجنب ما كان ضرره أكثر من نفعه، ولهذا ذهب البعض إلى أن هذه الآية تدل على التحريم، و ذكر المنافع حكاية واقع فقط، أي المنافع باعتبار اعتقادهم لأن المنافع التي حرمها الشارع كالعدم، والمرحة الثانية هي التحريم القطعي والصريح، والذي لا يحتمل تأويلا في دلالته على تحريم الميسر، إذ يقول اللـه تعالى في ذلك: (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ، إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللـه وَعَنِ الصَّلاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ**) [1].

تدل الآية السابقة على التحريم القطعي للميسر، وأن هذا التحريم لمعنى لا لذات الخمر والميسر، وهذا المعنى هو إيقاع العداوة، والبغضاء، والصد عن ذكر اللـه، وعن الصلاة[2]، والمهم في موضوع البحث هو إيقاع العداوة والبغضاء، فالجهل ما نهي عنه إلا لأنه يؤدي إلى المنازعة، ولهذا كانت المنازعة الفيصل في تحديد الجهل المؤثر، ودلالة هذه الآية على تحريم الجهل من وجوه أهمها:

أ - مشاركة الجهل للميسر في احتوائه على عنصر المخاطرة، فبائع الثمر قبل بدو صلاحه مثلا ينزل في سعر السلعة مقابل حمايته من خطر إمكانية فسادها، أو ضعف إنتاجها، وعادة ما يكون قدر التنزيل بقدر تعرض السلعة لخطر الفساد، فكلما كان الفساد أكثر احتمالا كان التنزيل أكبر، والمشتري يدفع في السلعة أقل من سعرها قائمة، وعادة ما يكون قدر التخفيض بقدر المخاطرة، فكلما كانت المخاطرة أكبر كان التنزيل أكبر، فالمشتري يدفع ثمنا لشيء معدوم طمعا في الربح المضاعف، فهو يقبل المجازفة من أجل ربح غير معتاد في هذه المعاملة، فإن سلمت السلعة حصل المشتري على السلعة بأقل من ثمنها، ويكون ثمن الربح بقدر المخاطرة قوة وضعفا، والبائع في هذه الحالة خسر كثيرا من الثمن المعتاد للسلعة مقابل حمايته من احتمال الفساد، أما إذا فسدت الثمار فاز البائع بالثمن، وخسر المشتري ما دفعه دون مقابل،

---

(1) الأية 92، 93من سورة المائدة.

(2) نفس المراجع المذكورة في الهامش 33 – نفس الصفحات.

فالبيع مبني على المخاطرة التي هي ليست من طبيعة المعاملة، وهذا معنى الميسر والمقامرة، ولا يدخل في هذا ما تحدثه الظروف الطارئة، ولا الحادث المفاجئ غير المتوقع[1]، بل كان الفساد متوقعا حسب العادة الجارية، ويتضح التشابه أكثر بين ميسر الجاهلية والجهل في بيع الحصاة، فالثوب الذي تقع عليه الحصاة مثلا، لا يختلف كثيرا عن النصيب الذي تقع عليه القداح، فالمشتري في الحالتين يجهل المبيع وقت التعاقد، لأن المبيع يتحدد بعد العقد، وليس أثناء العقد، حيث أن رمي الحصاة والقداح بعد تمام العقد لا قبله.

ب- انعدام التقييم العادل بين العوضين لعدم معرفة أحد العوضين أو هما من أحد طرفي العقد، أو منهما، وهذا يمنع من التقييم الحقيقي للعوض المجهول، وهو معنى المقامرة، فالمشتري والبائع في بيع النتاج، أو حبل الحبلة لم يعرفا المبيع لا بالوصف، ولا الجنس، ولا القدر، مما يجعل التقييم العادل والمساوي مستحيلا، فالتقييم مبني على المخاطرة، وقدر المخاطرة هو الذي يحدد السعر لا أوصاف المبيع، ولا قدره، ولا جنسه، لأن جميع هذه الأمور مجهولة، والتقييم المساوي عادة يكون مبني على القدر، والجنس، والنوع، وهذه مجهولة.

ج- لقد ورد النهي عن الجهل لحسم مادة المنازعة، والتي تورث العداوة والبغضاء، فالجهل يورث العداوة والبغضاء التي من أجلها حرم الـلـه الميسر، أي أن الجهل يشترك مع الميسر في أنه يورث العداوة والبغضاء، وهذا يقتضي إلحاقه به في التحريم، وقد جعل بعض الفقهاء المنازعة معيار تحديد الجهل المؤثر في صحة البيع، يقول الكاساني[*] في ذلك عند بيانه لشروط صحة البيع:(ومنها أن يكون المبيع معلوما علما يمنع المنازعة فإن كان أحدهما مجهولا جهالة تفضي للمنازعة فسد البيع)[2]، ويقول صاحب الروض النظير بعد ذكر بيوع الجهل: (وإنما نهى ﷺ عن هذه البيوع تحصينا للأموال أن تضيع، وقطعا للخصومة والنزاع أن يقعا

(1) إن الظروف الطارئة والحادث المفاجئ لا يمكن اعتبارهما ولا توقعهما عند التعاقد وفق المعتاد في المعاملة، ولهذا وضع لهما الشارع أحكامهما الخاصة، وتكليف المتعاقدين بهما تكليف بما لا يطاق لخروجهما عن قدرة المتعاقدين، والتكليف بما لا يطاق غير جائز في الشريعة لقوله تعال:)لا يُكَلِّفُ الـلـه نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا(الأية285 من سورة البقرة.

(*) الكاساني هو: أبوبكر بن مسعود بن أحمد الكاشاني، أو الكاساني، علاء الدين، فقيه حنفي، من أهل حلب، له بدائع الصنائع، سبع مجلدات في الفقه الحنفي و توفي في حلب سنة 587هـ الأعلام للزركلي 70/2.

(2) بدائع الصنائع للكاساني 156/5.

بين الناس فيها)[1]، وأما ابن تيمية، فقد ذهب مباشرة إلى أن الجهل يورث العداوة والبغضاء، إذ يقول بعد ذكر أحاديث النهي عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح، وما تسببه من خصومة: (إن سبب نهي النبي ﷺ عن ذلك ما أفضت إليه من خصومة وهكذا الغرر، وإذا كانت مفسدة بيع الغرر هي كونه مظنة العداوة والبغضاء)[2]، وسار مجتهدو العصر على نهج سلفهم، فيقول الخفيف في بيان شروط محل العقد: (أن يكون المحل معلوما للعاقدين علما يمنع الخداع، والغرر، ولا يفضي إلى منازعة) [3].

لقد أوضحت النصوص السابقة اشتراك بيع المجهول مع الميسر في علة المنع التي نص عليها القرآن الكريم، وأن بيع المجهول يورث العداوة والبغضاء كالميسر، لهذا يلحق به في الحكم، ولهذا صرحت بعض النصوص الفقهية باعتبار بيع المجهول ضرب من ضروب المقامرة، ومن ذلك على سبيل المثال ما ذكره سحنون[*] في المدونة حيث يقول: (قال مالك والساج المدرك في جرابه، والثوب القبطي المدرج في طيه أنه لا يجوز بيعهما حتى ينشرا، أو ينظر إلى ما فيهما، أو إلى ما في أجوافهما.... وهو من الملامسة.... فقال: فكان هذا كله من باب القمار فنهى عنه رسول الـلـه ﷺ)[4]، ويقول ابن عابدين[*]: (وفي الفتح أن البيع بالرقم فاسد لأن الجهالة تمكنت في صلب العقد، وهو جهالة الثمن بسبب الرقم، وصار بمنزلة القمار)[5].

---

(1) الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير للسيلغي الحيمي 241/3.

(*) ابن تيمية هو أحمد بن عبدالحليم بن عبدالسلام بن أبي الخضر النميري الحراني الدمشقي، كان كثير البحث في فنون الحكمة، أية في التفسير والأصول، أفتى ودرس وهو دون العشرين، توفي سنة 728 هـ الأعلام للزركلي 144/1.

(2) مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 48/29.

(3) أحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص 232.

((* سحنون هو عبدالسلام بن سعيد بن حبيب التنوجي الملقب بسحنون، قاض، فقيه، انتهت إليه رياسة العلم بالمغرب، أصله شامي من حمص، مولده في القيروان، ولي القضاء بها سنة 234 هـ واستمر إلى أن مات سنة 240هـ زوى المدونة في فروع المالكية، انظر الأعلام للزركلي 5/4.

(4) المدونة الكبرى لسحنون 254/3.

((* ابن عابدين هو محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية في عصره، مولده ووفاته في دمشق له مؤلفات عديدة منها رد المحتار توفي سنة 1252 هـ انظر الأعلام للزركلي 42/6.

(5) حاشية ابن عابدين لابن عابدين 29/4.

إن معنى المقامرة في بيع المجهول يمكن إدراكه بأدنى تأمل في حقيقة هذه البيوع، والعناصر الحقيقية للتقييم، فالبائع يبيع السلعة المعدومة أو المجهولة وقت العقد كبيع النتاج، والملامسة، والحصاة، والثمر قبل بدو صلاحه بثمن بخس، فإذا وجد المشتري المبيع على صورته المعتادة أو في أفضل أحواله، كما لو ولد المبيع في النتاج متكاملا ذكرا، أو أنتجت الثمرة كامل نتاجها في بيع الثمر قبل بدو صلاحه، قال البائع للمشتري قمرتني، ووقع في نفسه ما يقع في نفس المقامر من عداوة وبغضاء، أما إذا فسد المبيع، أو لم يجده كالمعتاد، كما لو ولد الحمل في النتاج أو حبل الحبلة أنثى وضعيف البنية، أو تعرضت الثمرة للآفات المعتادة التي يتعرض لها الشجر في مثل تلك الحالات، أو فسدت الثمرة في بيع الثمر قبل بدو صلاحه، قال المشتري للبائع قمرتني ووقع في نفسه ما يقع في نفس المقامر من عداوة وبغضاء[1] ولا يبرر الرضا الجهل، لأن المقامرة تكون عادة عن رضا من الطرفين، و بجميع صورها القديمة والحديثة والتي من أشهرها في السابق الميسر، والآن أوراق اليناصيب، إلا أن اللـه تعالى حرم صور المقامرة لعلمه الأزلي بأن هذه المعاملات تورث العداوة والبغضاء ولو رضي بها الطرفان ابتداء،و اللـه أعلم بأحوال خلقه.

2- لقد نص اللـه سبحانه وتعالى في كتابه العزيز على اشتراط الرضى لصحة البيع، وهذا يقتضي وجوب تعلق الإرادة بالمعقود عليه – الثمن، المثمن - وقت التعاقد، ولا يمكن تعلق الإرادة بالمعقود عليه وقت التعاقد إذا كان مجهولا، والحس والمنطق يقضيان بذلك، فلأن اللـه سبحانه وتعالى أمر بالرضا لابد أن يكون تحققه ممكنا، لأنه تكليف، والتكليف لابد وأن يتعلق بمقدور لدى الإنسان، وتعلق الرضا بالمجهول غير مقدور للإنسان وغير المقدور خارج دائرة التكليف، فالأمر بالرضا لا يتعلق إلا بمعلوم، لأنه تكليف، وسأورد النصوص الدالة على وجوب الرضى في البيوع، ووجه دلالتها.

النصوص ووجه دلالتها.

إن النص الصريح في اشتراط الرضى هو قوله تعالى: (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا**

(1) المدونة لسحنون 253/3 – 254. المنتقى شرح الموطأ للباجي 8/5. مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 29/ 22 – 23. الملكية ونظري العقد لأبي زهرة ص 270. مشكلة الاستثمار وكيف عالجها الإسلام للصاوي ص 116.

أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللـه كَانَ بِكُمْ رَحِيماً)[1].

إن اشتراط الرضى في التجارة لخروجها من دائرة أكل أموال الناس بالباطل صريح في الآية، وهو محل اتفاق بين علماء التفسير، ولكن الإشكال الذي يثار هل الجهل يمنع من تحقق الرضى الواجب تحققه لإخراج التجارة من دائرة أكل أموال الناس بالباطل أم لا ؟.

إن الإجابة على هذا السؤال هي الفيصل، لأنه إذا كان الجهل يمنع من تحقق الرضى الواجب توفره لخروج التجارة من دائرة أكل أموال الناس بالباطل، فالآية نص في تحريم بيع المجهول، أما إذا كان الجهل لا يمنع من تحقق الرضى الواجب توافره لإخراج التجارة من دائرة أكل أموال الناس بالباطل لا يترتب على ذلك عدم جواز بيع المجهول لعدم الرضى، وهو المراد إثباته في هذه الفقرة.

لم أجد طرحا لهذا السؤال، وإجابة صريحة بهذه الكيفية، إلا إشارة المحلى في تعليله لعدم جواز بيع المجهول، (لأن البيع لا يحل بنص القرآن إلا بالتراضي، والتراضي بضرورة الحس لا يمكن أن يكون إلا بمعلوم لا بمجهول)[2]، وهذا لا يعني أنهم أعدوا الرضى قد تحقق في بيع المجهول، لأن أحكامهم، وبعض النصوص الفقهية تدل على أن الرضى لم يتحقق، ومن الأدلة على ذلك اعتقادهم أن بيع المجهول لا يدخل في التجارة المباحة، وإنما يدخل في أكل المال بالباطل، إما بدلالة النص، أو بيانا بالسنة، وهذا دليل على عدم تحقق الشرط، وهو الرضى، لأنه الشرط الوحيد المذكور في الآية[3]، بالإضافة إلى ذلك يمكن الاستدلال بهذه الآية على عدم تحقق الرضى في بيع المجهول بوجهين هما:

---

(1) الأية 29 من سورة النساء.

(2) المحلى لابن حزم 343/8.

(3) لقد لخص الضرير أراء المفسرين في عدم دخول بيع المجهول في التجارة المباحة، ودخوله في أكل المال بالباطل، وقد اختلفت كلمة المفسرين في كيفية الاستدلال بهذه الأية على عدم جواز بيع المجهول، فرأى بعضهم بأن الأية مجملة، والسنة فسرت هذا الاجمال، وبعضهم رأى بأن الأية تدل على أن بيع المجهول من أكل المال بالباطل، وليس من التجارة المباحة، ويبدوا أنه رجح القول الثاني، حيث يقول في ذلك: (فكلمة تجارة ليست من العام الذي دخله التخصيص، وإنما هي من العام الذي أريد به الخصوص.... فبيع الغرر ونحوه يدخل في أكل المال بالباطل المنهي عنه، ولا يدخل في التجارة المباحة.) الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي للضرير ص55 وما بعدها.

أ- إن الرضى شرط لإباحة التجارة، والتجارة يراد بها أنواع البيوع، ولهذا نجد بعض الصحاح تبوب البيوع بكتاب التجارة، وبعضها كتاب البيوع، والبيع لا يوجد إلا إذا وجدت أركانه: العاقدان (البائع والمشتري)، والمعقود عليه (الثمن والمثمن)، والصيغة الإيجاب والقبول –، وهذه الأركان ضرورة وجودها في البيع لانعقاده محل اتفاق بين جمهور الفقهاء، وإن اختلفوا في تكييف بعضها، فبعضهم ذكرها جميعا ضمن الأركان، وبعضهم ذكر بعضها ضمن شروط الانعقاد، فالعقد بدون أي منها منعدم، والرضى يصدر من العاقدين، ويعبر عنه بالصيغة، ويقع على المعقود عليه، فإذا كان المعقود عليه مجهولا، لا يجد الرضى محلا يقع عليه، واشتراطه فعل إيجابي لابد من تحققه، ولا يتصور وجود فعل بدون متعلق، فإذا كان المعقود عليه مجهولا، أو معدوما فبم يرض المتعاقدان، وهذا يعني أن شرط الرضى لم يتحقق، فالتجارة في هذه الحالة لا توصف بالرضى، ولا بالرفض، وتعريها عن وصف الرضى يخرجها من دائرة الإباحة، وخروجها من دائرة الإباحة يدخلها في المال الباطل الذي حرمه الـلـه بنص الآية.

ب- في آية المداينة وصفت التجارة بالحاضرة في قوله تعالى: **(إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ)**[1]، وإن كانت هذه الآية وردت في أحكام الكتابة، إلا أن وصفها للتجارة بالحاضرة يدل على اقتران هذا الوصف بها لكي تكون مباحة، والحضور هو وسيلة الرضى من حيث الأصل، فعبر في الآية الأولى بالشرط، وهو الرضى، وعبر في هذه الآية بما يحقق هذا الشرط، وهو الحضور، خاصة وأن الحضور في المعاملات السابقة يتحقق به العلم عادة، وذلك لبساطة المعاملات، والمبيعات، وسهولة معرفة أوصافها بمجرد رؤيتها، وإحضارها إلى مجلس العقد، وفي غيرها يتحقق العلم بالإحضار الحكمي، إضافة إلى أن إحضار المبيع لا دور له في الإثبات إذا حصل الإشهاد.

إن هذه الآية بمثابة البيان للرضا، حيث تدل على أن الرضى يتعلق بالمعقود عليه، لأن الإحضار من لوازمه، فالرضى يتحقق بإحضار المعقود عليه من حيث المبدأ، ويقوم الإحضار الحكمي مقامه، وقيام الوصف مقام الرؤية في تحقق العلم هو ما ذهب إليه الجمهور من غير

---

(1) الأية 281 من سورة البقرة .

الشافعية في المشهور عندهم، أما المشهور عند الشافعية فهو عدم جواز بيع الغائب إلا بالخيار[1].

تدل الآيتان على أن بيع المجهول يخرج من دائرة التجارة المباحة لعدم تحقق شرط الرضى، كما تدل على أن الرضى من حيث الأصل يكون بحضور المعقود عليه لمجلس العقد ورؤيته، وإجازة بيع الغائب بالوصف، أو الرؤية السابقة التي لا يتغير بعدها عادة حضور حكمي لتحقق معنى الرؤية والحضور الحقيقي، وهو العلم بالمعقود عليه بما يحقق الرضى.

إن هذا الاستدلال وتوجيهه وإن لم نجده نصا، أو بهذا العرض، إلا أنه يتفق مع أراء الفقهاء وأقوال المفسرين.

-3 إن بيع المجهول من باب أكل أموال الناس بالباطل، والذي حرمه اللـه تعالى في كتابه بقوله:)وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بالإثم وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ([2]، وبقول اللـه تعالى:)يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ([3].

لا خلاف بين العلماء في دلالة هذه الآيات على حرمة أكل أموال الناس بالباطل بحسب الأصل أو بالقرينة، أما دلالة الآيات على حرمة بيع المجهول فمن وجوه أهمها:

أ – اتفق المفسرون على أن التجارة عن غير رضى من باب أكل أموال الناس بالباطل[4]، وبيع المجهول منعدم فيه الرضى كما سبق في الفقرة السابقة، فالنتيجة أن بيع المجهول من باب أكل أموال الناس بالباطل، وهو محرم.

---

(1) المدون الكبرى لسحنون 255/3. المحلى لابن حزم 338/8 وما بعدها. بدائع الصنائع للكاساني 163/5 وما بعدها. المغني لابن قدامة 104/4. المجموع في شرح المهذب - النووي – أبو زكريا محي الدين بن شرف – (مطبعة التضامن الأقوى لصاحبها محمد منير عبده - ب ط – ب ت) 9/ 290 وما بعدها.

(2) الأية 187 من سورة القرة.

(3) الأية 29 من سورة النساء.

(4) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز- ابن عطية – أبو محمدعبدالحق بن غالب – تح عبد السلام عبد الشافي (بيروت - دار الكتب العلمية - ط الأولى 2001 م) 41/2. التفسير الكبير -الرازي – الفخر الرازي – (ب دار ط الثالثة – ب ت) 70/9. روح المعاني للألوسي 3/ 15. تفسير القرآن العظيم لابن كثير 444/3. اللباب في علوم الكتاب لابن عادل الدمشقي ، 337 – 338.

ب – إن الحصول على ما في يد الغير، إما أن يكون عن طريق التبرع كما في أعمال البر، كالصدقة، والهبة، والصلة، وما في معناها، وفي هذه الحالة لا يشترط المقابل، بل عادة ما يكون بدون مقابل مادي، وإما أن يكون عن طريق المعاوضات، وهو في هذه الحالة لا يكون إلا بمقابل، فإذا حصل الإنسان على مال الغير في المعاوضات بدون مقابل كان من باب أكل أموال الناس بالباطل، وحيث أن البيوع بالمعنى المراد هنا من المعاوضات، فإن أخذ مال الغير بلا عوض في البيوع من باب الباطل، بل إن بعض المفسرين حصر معنى الباطل في الآية على أخذ مال الغير بلا عوض، ونقل هذا عن ابن عباس، والحسن رضي الله عنهما [1]، واقتضاء بيع المجهول أخذ مال الغير بلا عوض يتضح في جل صوره، إن لم نقل جميعها، ففي بيع حبل الحبلة ثمن بلا عوض إذا لم تنتج الحبلة كما لو ولد الجنين ميتا، وكذلك في بيع الثمر قبل بدو صلاحه إذا فسدت الثمرة، فإن ما أخذه البائع من ثمن بلا عوض، وعلى غير وجه التبرع، فيكون من باب أكل أموال الناس بالباطل، وكذلك المشتري إذا ولد الجنين في أحسن صوره، كأن يكون ذكرا متكامل النمو فاخرا في بيع حبل الحبلة، أو أنتجت الثمرة أفضل إنتاجها، فالمشتري قد دفع في الحبل أو الثمرة أبخس الأثمان، فالفارق بين ما دفع والقيمة الحقيقية للمبيع بلا عوض، وهكذا الأمر في سائر صور بيع المجهول، كبيع الحصاة والملامسة وغيرهما.

لقد اختلف المفسرون في معنى الباطل الوارد في الآيات السابقة، والجهل بالمبيع لا يخرج عن جل هذه التعريفات إن لم نقل كلها، وأشهر هذه التعريفات ما نقل عن ابن العربي بقوله: (الباطل ما لا يحل شرعا ولا يفيد مقصودا..... كالربا والغرر....... والباطل ما لا فائدة فيه، ففي المعقول هو عبارة عن المعدوم، وفي المشروع عبارة عما لا يفيد مقصودا) [2]، ثم يقول في موضع أخر:(قوله الباطل، أخرج منها كل عوض لا يجوز شرعا من ربا وجهالة) [3] ويقول

---

(1) اللباب في علوم الكتاب لابن عادل الدمشقي 336/6. التفسير الكبير للرازي 70/9. أحكام القرأن- الجصاص – الإمام أبوبكر أحمد بن علي الرازي –تح محمد الصادق قمحاوي (بيروت– دار إحياء التراث العربي –ب ط – ب ت) 127/3.

(2) أحكام القرأن- ابن العربي – أبوبكر محمد بن عبد الـلـه – تح علي محمد البجاوي (القاهرؤة - مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه ب ط – ب ت) 97/1.

(3) نفس المرجع 408/1.

الجصاص[*]:(الباطل فيه أحد وجهين: أن يكون بالربا، والقمار، وقال ابن عباس:أن يأكله بغير عوض، وقد تضمنت أكل أبدال العقود الفاسدة كأثمان البياعات الفاسدة) [1] ويقول الرازي: (الباطل وجهين: الأول أنه اسم لما لا يحل شرعا.... والثاني ما يؤخذ من الإنسان بغير عوض) [2].

إن جميع هذه التعريفات تشمل بيع المجهول، سواء كان المقصود بالباطل ما لا يحل شرعا، أو المراد به القمار، والربا، أو ما يؤخذ من الإنسان بغير عوض، كما ذكرت في الفقرة السابقة، وهذا يعني أن المعاني التي ذكرها المفسرون لمعنى الباطل تشمل بيع المجهول، أي أن بيع المجهول من باب أكل أموال الناس بالباطل، وإذا كان كذلك فهو محرم بنص القرآن.

4- إن شرعية البيوع كان لمعنى، ومضمونه الوصول إلى ما في يد الغير عن طريق الرضى، واختصاص الأطراف بالمعقود عليه – الثمن، المثمن –، وهذا المعنى لا يتحقق إذا كان المعقود عليه مجهولا، لأن الرضى لا يحصل إذا كان علم صفة المبيع، وجنسه، ونوعه لم تتحقق، فالجنين في بيع حبل الحبلة لا يمكن الوصول إليه بمجرد العقد، وذلك لانعدامه وقت العقد، واستحالة تعلق الحقوق به ولو تأجل التنفيذ، لعدم معرفة ما وقع عليه العقد صفة، وجنسا، وقدرا، وهذا في سائر صور بيع المجهول[3].

5- إن القصد من عقد البيع، هو حصول التسليم والتسلم حقيقة، أو حكما وقت انعقاد العقد، ولا يتحقق هذا إلا بصلاحية محل العقد للتصرف فيه بمجرد انعقاد العقد، وهذا لا يمكن في بيع المجهول، لعدم معرفة صنف، أو قدر، أو جنس، ما سيتم تسليمه، أو تسلمه[4].

هذه أهم الأدلة التي اعتمدها الفقهاء في القول بعدم صحة بيع المجهول، وتدور هذه

(*) الجصاص هو أحمد بن علي الرازي أبوبكر الجصاص، فاضل، سكن بغداد ومات فيها، انتهت إليه رياسة الحنفية، خوطب بأن يلي القضاء فامتنع، له مؤلفات عديدة، توفي سنة 370 هـ انظر الأعلام للزركلي 171/1.

(1) أحكام القرأن للجصاص 127/3.

(2) التفسير الكبير للرازي 69/9 - 70.

(3) المنتقى شرح الموطأ للباجي 343/8. بدائع الصنائع للكاساني 147/5.

(4) بدائع الصنائع للكاساني 247/5. بداية المجتهد لابن رشد الحفيد 148/2 - 149. شرح فتح القدير لابن الهمام 260/5 وما بعدها. مغني المحتاج للشربيني 2/ 12.

الأدلة في مجملها حول احتواء المجهول على المخاطرة، والمقامرة، وهي من معاني الميسر الذي حرمه الإسلام، وكان معروفا في الجاهلية، هذا من جانب، ومن جانب أخر فإن هذه الأدلة تثبت أن بيع المجهول من باب أكل أموال الناس بالباطل الذي حرمه الـلـه تعالى في كتابه العزيز بشكل قطعي، والذي لا يحتمل التأويل في الدلالة على التحريم، وإن حصل الاختلاف في معناه، والمهم أن بيع المجهول لا يخرج عن الباطل، ولكن قد يرد اعتراض مفاده بأن البيوع بمجملها لا تخلو من مخاطرة، ففي البيوع المؤجلة قد يساهم الزمن في انخفاض سعر السلعة بدرجة كبيرة، فمن يشتري سلعة تسلم بعد شهر، قد يكون السعر الذي دفعه وقته أقل أو أكثر من سعر يوم استلام السلعة نتيجة تغير السوق، وكذلك شراء السلعة بالجملة بالنسبة للتجار، قد تحصل منافسة في السلعة، وينخفض سعرها أضعافا، ويخسر المشتري الآلاف، وهناك من ضاعت ثروته بسبب المنافسة، وكذلك عقد المضاربة، والمغارسة، والمزارعة، قد يخسر العامل مقابل عمله، ويخسر في المضاربة، ولا تنتج الأرض في المزارعة، وحتى في البيع العادي خاصة في ذوات الأرواح كالإبل، والأغنام، قد تموت بمجرد انتقال الضمان، ولو لم يستلم المشتري السلعة استلاما ماديا.

في تقديري أن المخاطرة والمقامرة المحرمة، هي التي تكتنف البيع أثناء الانعقاد، وخارجة عن طبيعة العقد، ويمكن تجافيها، والتي تعد من صنع الأطراف، وهي محرمة، لأنها تؤدي إلى المنازعة، وتنشر العداوة والبغضاء بين المسلمين، فالمخاطرة والمقامرة لم تحرما لذاتهما، وإنما حرمتا لعلة، وهي أنهما تؤديان للعداوة والبغضاء، وهذا ما دلت عليه أراء الفقهاء، وما استندوا عليه في منع النهي عن الجهل، ولهذا عندما حرم الـلـه سبحانه وتعالى الخمر والميسر لم يقتصر على التحريم فقط، وإنما أتبع ذلك بعلة التحريم، فالعلة منصوص عليها تبعا للحكم، لاقتران الحكم بها، فيقول الـلـه تعالى في ذلك: (يَا أَيُّهَا **الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ، إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ الـلـه وَعَنِ الصَّلاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ**)[1].

لقد اقتصر النص على الخمر والميسر عندما ذكر علة التحريم، مع أن التحريم تناول

(1) الأية 92، 93 من سورة المائدة.

أربعة أشياء، وهي الخمر والميسر والأنصاب والأزلام، وفي الاقتصار على الخمر والميسر عند ذكر العلة إشارة إلى أن الخمر والميسر حرما لعلة، ويجوز إلحاق كل ما شاركهما في هذه العلة في الحكم، أما الأنصاب والأزلام فحرمتا لذاتهما، أو لأمر غير العداوة والبغضاء، أو أن المراد بالتحريم في الخمر والميسر هو العلة، وذكر الخمر والميسر كأمثلة على العلة فقط.

الفصل الثاني

معايير الجهل عند الفقهاء واستثناءاته

المبحث الأول

معايير الجهل عند الفقهاء

لم يذكر الفقهاء ضابطا محددا لا يحتمل الخلاف لتحديد الجهل المؤثر، وقد حاول الفقهاء وضع معايير للتفرقة بين الجهل المؤثر، والجهل المعفو عنه، وذلك من خلال أحكامهم في المسائل التطبيقية، و التي عرضت عليهم، والسائدة زمنهم، إلا أن ذلك لم يمنع الخلاف حتى لفقهاء المذهب الواحد، ومع استخدامهم لمعيار واحد، ولكن لا يعني ذلك اختلافهم في كل المسائل، بل إن الاختلاف التطبيقي أضيق من الاختلاف النظري، وهذا الاختلاف لم يمنع من اتفاقهم في كثير من المسائل التطبيقية، وغير المنصوص عليها بالجواز أو بالمنع، فقد اتفقوا على جواز كثير من المعاملات مع احتوائها على الجهل، وأعدوا هذا الجهل مما تجاوز عنه الشارع، وأنه لا يؤثر في صحة البيوع، وإن اختلفت طريقة تبريرهم للعفوا عن هذا الجهل، ومن أمثلة ذلك الجهل بأساس الحيطان في بيع الدور، فإن البائع أو المشتري غير الباني لا يستطيع العلم بجميع أوصاف أساس الحائط علما تاما، إلا إذا هدمه وكشف عليه، وهذا غير ممكن، لهذا أعد الفقهاء هذا الجهل من المعفو عنه، كما اتفقوا على التجاوز عن الجهل بالجنين إذا كان في بطن أمه، وتم العقد على أمه، وهو في بطنها، ولو كان له جزءا من الثمن، أي قصد بالبيع، ولكن تبعا لأمه، فهو مجهول الجنس، والأوصاف، ومن الجهل المعفو عنه ما يعرف بإجارة الظئر، أي إجارة المرأة لإرضاع الطفل، فالمرأة لا يعرف قدر لبنها معرفة تامة، وإن أمكن تقديره نسبيا، كما أنه يخضع في كثير من الأحيان للمعيشة، والأمور النفسية، فهو يتغير من حين لأخر، ومن البيوع التي اتفق الفقهاء على أن جهلها لا يؤثر في الصحة بيع اللوز، والجوز في قشره الداخلي، وإن اختلفوا في الخارجي، فالمعقود عليه والمقصود بالعقد هنا، هو اللوز والجوز لا القشر، وثمرة اللوز،

والجوز مغيبة، ولا يمكن معرفتها إلا بكسره، والأشد منهما عرضة للفساد الفواكه التي تباع داخل قشرها كالرمان، والرابوتان وما في حكمهما، فإن هذه الفواكه لا يمكن اشتراط فتحها، وإزالة قشرها لتمام البيع، كما تجاوز الشارع عن الجهل في بيع الثمر الذي لم يبدو صلاحه تبعا لما بدا صلاحه في البطن الواحدة، فإن الثمر لا يمكن أن يبدو صلاحه دفعة واحدة، وانتظار ما لم يبدو صلاحه لبيعه دفعة واحدة يترتب عليه في كثير من الأحيان فساد ما بدا صلاحه، لهذا اتفق الفقهاء على جواز بيع الثمر إذا بدا صلاح بعضه، ولو لم يبد صلاح جميعه، إذا كان بطنا واحدة، فالذي لم يبد صلاحه مجهول، وإن كان الجهل أقل من بيع الثمر قبل بدو صلاح الجميع، أو قبل ظهوره، إلا أنه لا يخلو من الجهل.

إن البيوع السابقة وما في معناها اتفق الفقهاء على جوازها مع احتوائها على جهل، ولكن لما كان هذا الجهل لا يمكن الاحتراز منه إلا بمشقة وكلفة الاحتراز منه أشد ضررا من ضرر الجهل، ولما كانت مفاسد الاحتراز منه أكثر من مفاسد الجهل، تجاوز عنه الشارع وعفى عنه، واتفق الفقهاء على أن ما في معنى هذا الجهل معفو عنه، أي أن الجهل ظاهر اليسر، والذي يشق الاحتراز منه لا يؤثر في صحة البيوع، فصحة البيوع مع الجهل بالمعنى السابق لم يختلف فيها الفقهاء، إلا أنه وقع اختلاف في طريقة التأصيل، فالظاهرية أجازوا البيع في مثل هذه الحالات للغرر، وذلك حسب تحديدهم لمعنى الغرر المنهي عنه، وليس لتضمن هذه البيوع معنى الجهل المعفو عنه فيما يماثلها، فالظاهرية وصلوا إلي نفس النتيجة إلا أن وجه الاستدلال يختلف[1]، وفي المقابل اتفق الفقهاء على عدم صحة بعض البيوع للجهل، ومن هذه البيوع ما هو منصوص عليه، ومنها غير منصوص عليه، إلا أنه تضمن معنى الجهل في المنصوص عليه، ومن هذه البيوع بيع الملاقيح، وبيع ما في بطون الأنعام إذا كان مقصودا

(1) الأم للإمام الشافعي 68/3. المحلى لابن حزم 388/8 وما بعدها. بدائع الصنائع للكاساني 139/5 وما بعدها. المغني لابن قدامة 93/4 وما بعدها. مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 24/29 - 25. البحر الزخار للمرتضي 314/4. شرح فتح القدير لابن الهمام 259/5 وما بعدها، 409 وما بعدها. مواهب الجليل للحطاب 292/4 وما بعدها. الروضة البهية للعاملي وغيره 213/3، 270 وما بعدها. البحر الرائق لابن نجيم 329/5.. مغني المحتاج للشربيني30/2 - 31. حاشية العدوي على الرسالة للعدوي 138/2 منح الجليل لعليش 468/4 - 469، 290/5 الإيضاح للشماخي 56/5 وما بعدها. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 441/4 و 492 وما بعدها.

بالعقد منفصلا عن أمه، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه وقبل الانتفاع به بأي وجه، وبيع السمك في الماء، واتفقوا على أن الجهل الذي يكتنف هذه العقود من الجهل الكثير المؤثر في صحتها، و يطبق هذا على كل ما في معناها، أما الظاهرية فلأنهم توقفوا عند ظاهر النصوص، فقد اختلفوا في تأصيل البيوع التي اتفقوا فيها مع الجمهور وغير منصوص عليها، كما سبق في الفقرة السابقة[1].

إن بين الجهل المتفق بأنه لا يؤثر في البيوع، والجهل المتفق بأنه يؤثر في صحة البيوع مرحلة وسطا، وقد كانت محل خلاف بين الفقهاء، ونظرا لأن سبب الخلاف في هذه المسائل، هو تقييمهم للجهل، هل يلحق بالصنف الأول المتفق بأنه معفو عنه، أم يلحق بالنوع الثاني المتفق بأنه مانع من الصحة، كان لابد من وضع ضابط للجهل المؤثر، والإشكالية كما سبق تثيرها مرحلة الوسط بين الجهل المتفق على أنه معفو عنه، والجهل المتفق على أنه مؤثر في البيوع، خاصة أن هذه المرحلة ليست باليسيرة، وهذه المرحلة كانت سببا في اختلاف الفقهاء في كثير من المسائل، فتقييم الجهل بالمؤثر، وغير المؤثر مسألة نسبية تختلف باختلاف طبيعة العقد، كما ساهم تطور الحياة الاقتصادية، وتعقدها، وتطور صورها، وتشابكها في اتساع رقعة هذا الخلاف، وإليك أهم المعايير التي ذكرها الفقهاء، ودلت عليها فتاويهم في المسائل التي ناقشوها وبينوا أحكامها.

المعيار الأول: الإفضاء إلى المنازعة.

لقد اعتمد أنصار هذا المعيار على الحكمة من النهي عن الجهل، وقسموا الجهل باعتبار أثره في صحة البيوع من حيث المبدأ إلى قسمين، جهل مؤثر، وجهل غير مؤثر، ومعيار التفرقة

---

(1) الحجة للشيباني 545/2 - 546. الأم للإمام الشافعي 87/8. المدونة لسحنون 188/3، 194، 253، 254. المحلى لابن حزم 388/8 وما بعدها. التفريع لابن الجلاب 141/2 - 166. بدائع الصنائع للكاساني 138/5 وما بعدها. المغني لابن قدامة 94/4 94، 221 -232. الذخيرة- القرافي - شهاب الدين أحمد بن إدريس- تح سعيد إعراب (بيروت - دار الغرب الإسلامي - ط الأولى 1994 م) 185/5 - 192 مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 22/29 - 23. البحر الزخار للمرتضي 294/4 وما بعدها. وسائل الشيعة للعاملي 261/12. مغني المحتاج للشربيني 30/2 - 31. الإيضاح للشماخي 57/5 وما بعدها. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 503/4 - 506. الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص 270 وما بعدها.

بين القسمين هو المنازعة، فالجهل المؤثر هو الذي يؤدي إلى المنازعة، ويمنع من التسليم والتسلم، وهذا من مقاصد النهي عن الجهل، فهذا نظر للجهل من خلال مقاصده، فقد بينت في السابق أن الجهل لم ينه عنه لذاته، وإنما نهي عنه لاحتوائه على المخاطرة، والمقامرة، وهما في معنى الميسر الذي حرمه الإسلام، وكان سائدا في الجاهلية، وما حرم الـلـه الميسر إلا لمنع العداوة والبغضاء، وإفضائهما للمنازعة، أما الجهل غير المؤثر، فهو الجهل الذي لا يؤدي إلى المنازعة، وهو لا يؤثر في البيوع لا بالفساد، ولا بالبطلان، وأكثر من استخدم هذا المعيار هم الأحناف[1].

إن هذا المعيار لا يحسم النزاع من حيث التطبيق، والإشكالية التي يثيرها هذا المعيار هي تحديد الجهل الذي يؤدي للمنازعة، فإن كان الجهل في بيع الملامسة من السهل القول بأنه يؤدي للمنازعة بلا خلاف، وكذلك الأمر في بيع حبل الحبلة، وما شابه هذه البيوع، وأن الجهل في بيع الجبة المحشوة لا يفضي للمنازعة بلا خلاف، وكذلك بيع ما لم يبد صلاحه من الثمر تبعا لما بدا صلاحه إذا ظهر في البطن الواحدة، وبيع اللوز، والجوز داخل قشره الداخلي، وأساسات الحيطان مع الدار وما في حكمها، فإن هناك أنواعا من البيوع ليس من السهل البث في الجهل الذي يكتنفها، والقول بأنه لا يؤدي للمنازعة فتجاز هذه البيوع، أو أنه يؤدي للمنازعة فتمنع، وقد حاول بعض فقهاء الأحناف الضبط أكثر، فحصروا الجهل الذي يؤدي إلى المنازعة في الجهل الفاحش، وهذا أيضا لم يحل الإشكال، لأن الجهل الفاحش البين واليسير البين بينهما منطقة شاسعة، وبسببها وقع الخلاف، ومن الصعب التحديد لأي منهما يتبع، هل يتبع الفاحش فيمنع الصحة، أم اليسير فيعفى عنه، ودليل ذلك وجود خلاف في كثير من المسائل التطبيقية بين فقهاء الأحناف رغم استخدامهم لنفس المعيار، فاختلفوا في حكم المسألة الواحدة، فبعضهم منع البيع لأن الجهل يؤدي للمنازعة، وبعضهم أجاز البيع لأن الجهل لا يؤدي للمنازعة، فالاختلاف وقع في حكم المسألة الواحدة مع اتفاق المعيار، والظروف، والأسس العلمية المتبعة في استنباط الحكم لانتمائهم لنفس المذهب، وهذا دليل على عدم انضباط المعيار المستخدم، وأذكر بعض هذه المسائل للإيضاح منها مثلا:

---

(1) بدائع الصنائع للكاساني 147/5 - 156. - تبيين الحقائق للزيلعي) 43/4. شرح فتح القدير لابن الهمام 260/6 وما بعدها. البحر الرائق لابن نجيم 306/5. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 29/4.

- لقد اختلف فقهاء الأحناف في بيع الثمر قبل بدو صلاحه وبعد الطلوع إذا لم يشترط الترك، وكانت هناك ثلاثة آراء في المسألة، فأولها جواز البيع إذا ظهر، وثانيها جوازه إذا ظهر بشرط الانتفاع به بوجه من وجوه الانتفاع حال العقد، و ثالثها المنع مطلقا، وكان المعيار المستخدم واحد، وهو الجهل المفضي للمنازعة[1]، فالأول أجاز البيع إذا ظهر الثمر، ولم يشترط الترك، لأنه قدر انتفاء الجهالة المفضية للمنازعة بطلوعه، والجهالة التي يحتويها لا تفضي للمنازعة، والثاني قدر أن الانتفاع بالثمر بوجه من الوجوه يمنع من الجهالة المفضية للمنازعة، ولأن البيع وقع في الحال التي هو عليها وقت إبرام العقد، وبغير هذا الشرط، فإن الجهالة مفضية للمنازعة، والرأي الثالث رأى أن الانتفاع قبل بدو الصلاح غير معتبر عادة، وأن الجهالة مفضية للمنازعة إذا لم يبد الصلاح، وشرط الترك قبل بدو الصلاح مفترض، ولو كان منتفعا به بوجه ما، ويتفق الرأي الثاني والثالث في أن مجرد الظهور لا يمنع من الجهالة المفضية للمنازعة، لأن مجرد ظهوره لا يأمنه من الآفات المعتادة، ولهذا فإن الجهل المؤدي للمنازعة لا ينتفي إلا بشرط القطع.

هذه ثلاثة أراء في مسألة واحدة اختلفت في حكم المسألة، واستخدمت معيار المنازعة للإجازة، وللمنع، وهذا دليل على عدم انضباط المعيار المستخدم.

- الجهل بالجملة مع العلم بالتفصيل، كبيع هذه الصبرة كل أردب بدينار، مع عدم العلم بكيل الصبرة، إلا بالتخمين عند رؤيتها، فهل هذه الجهالة مفضية للمنازعة، فتمنع من صحة العقد، أم أنها ليست مفضية للمنازعة ولا تؤثر في العقد، فأبو حنيفة ذهب إلى أن من اشترى كمية من الصبرة كل أردب بدينار مثلا، وقد رأى الصبرة، ولكن لا يعلم وزنها صح العقد في الأردب الأول فقط، ولا يصح العقد في بقية الكمية عند أبي حنيفة، والرؤية لا تمنع الجهالة المفضية للمنازعة، وخالف الصاحبان – محمد، أبو يوسف – أبا حنيفة في تقدير الجهالة، واعتبرا هذه الجهالة غير مفضية للمنازعة، ولا تؤثر في صحة العقد، فأجازا البيع في جميع الصبرة، وذلك إما لإمكانية إزالة الجهالة المفضية للمنازعة بالكيل عند التنفيذ، أو أن التقدير الجزافي عند الرؤية مع الكيل اللاحق مع العلم بالتفصيل يتحقق به شرط

(1) المراجع السابقة نفس الصفحات.

العلم[1]، واعتبرا الجهل الذي يتضمنه هذا العقد غير مانع من الصحة، لأنه لا يفضي للمنازعة، كما اختلفوا في الطيور التي تعود إلى مكان معلوم، والصوف على ظهر الغنم، واشتراط شرط لا يمكن معرفته، أو الإجبار على تنفيذه، ويترتب عليه الجهل بالمبيع، كاشتراط أن يكون الكبش نطاحا، أو الديك مقاتلا، أو زنة هذا الحجر تمراً، ولم يعرف وزنه بما هو متعارف عليه، فهذه المسائل وما في معناها لم تخل من الجهل، واختلف فقهاء الأحناف في تقدير هذا الجهل باستخدام معيار الإفضاء للمنازعة، فبعضهم أجاز العقد لأن الجهل غير مفض للمنازعة، وبعضهم قال بعدم الجواز لأن الجهل مفض للمنازعة[2]، وبصرف النظر عن الراجح من هذه الآراء، فإن مجرد الاختلاف في حكم المسألة الواحدة باستخدام معيار واحد دليل على عدم انضباط هذا المعيار، وهو المراد.

لقد وافق بعض مجتهدي العصر فقهاء الأحناف في اعتماد معيار المنازعة لتحديد الجهل المؤثر، والمانع من صحة البيوع، وحاولوا إيجاد ضابط للجهالة التي تؤدي للمنازعة، فقالوا بأن الجهالة التي تؤدي للمنازعة، هي الجهالة الفاحشة، والتي لا تؤدي للمنازعة هي الجهالة اليسيرة[3]، وهذا لم يحل الإشكال وقد تعرضت لهذا عند مناقشة رأي الأحناف، كما أن استخدام القدر لتحديد الجهل معيار غير منضبط، وهذا هو المعيار الثاني المستخدم لتحديد الجهل، وسأوضح ذلك في الفقرة التالية.

---

(1) الحجة للشيباني 545/2 – 546. بدائع الصنائع للكاساني 139/5. شرح فتح القدير لابن الهمام 265/6وما بعدها. الفتاوى الهندية -باد شاه غازي – محي الدين محمد أورنك - (مصر -المطبعة الكبرى ببولاق –ط الثالثة – 1310 هـ) 107/3.

(2) الأصل- الشيباني – أبو عبد اللـه محمد بن الحسن الشيباني – تعليق أبو الوفاء الأفغاني (بيروت - عالم الكتب - ط الأولى 1990م) 85/5 – 91. بدائع الصنائع للكاساني 148/5، 167 – 169.. تبيين الحقائق للزيلعي 7/4 وما بعدها. البحر الرائق لابن نجيم 311/5، 81/6. الفتاوى الهندية 107/3 وما بعدها. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 21/4 29.

(3) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص 270. أحكام المعاملات للخفيف ص 232 – 233. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 269/4 – 279، 440 – 441. الموسوعة الفقهية- وزارة الأوقاف والشؤن الإسلامية بالكويت – (الكويت - دار الصفوة – ط الأولى 1994م) 9 /5، 151/34 – 153. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية- احسين – أحمد فراج احسين (القاهرة - مؤسسة الثقافة ط الأولى – ب ت) ص 215 – 218. مشكلة الاستثمار وكيف عالجها الإسلام للصاوي ص 393 – 394.

المعيار الثاني: قدر الجهل.

اعتمد أنصار هذا المعيار قدر الجهل لتحديد الجهل المؤثر، فالجهل اليسير لا يؤثر في صحة البيع، وقد عفى عنه الشارع، أما الجهل الكثير فيؤثر في صحة البيع، لأنه يمنع من تحقق مقاصد البيع ومعانيه، ويتضمن المخاطرة والمقامرة، أما الجهل اليسير فإن ضرورة المعاملة، والحاجة تدعوا إلى العفو عنه، وأكثر من استخدم هذا المعيار هم المالكية، وتأثير الجهل إذا كان كثيرا، وعدم تأثيره، إذا كان يسيرا مبدأ متفق عليه، ولكن استخدامه كمعيار تحديد الجهل المؤثر ذكره المالكية، وسأوضح ذلك عند عرض جميع المعايير، ولا إشكالية لهذا المعيار من حيث المبدأ نظريا، وإنما الإشكاليات أظهرها التطبيق، وذلك لعدم انضباط هذا المعيار، لأن الكثرة واليسر مسألة نسبية، فالجهل في بيع الجبة المحشوة، اتفق على أنه من الجهل اليسير الذي لا يؤثر في البيع، فالشارع قد عفى عنه لعدم إمكانية الاحتراز منه إلا بمشقة، وتكاليف لا تتناسب وأسس التقييم قد تؤدي في كثير من الأحيان إلى ترك المعاملة، أو ارتكاب المنهي عنه، وفي هذا فوات مصالح للمسلمين، حرص المشرع على حمايتها، وهذا دعا للعفو عن هذا النوع من الجهل، وكذلك الأمر في بيع ما يحفظ في صوانه كالرمان، وفي بيع ما لم يبد صلاحه من الثمر تبعا لما بدا صلاحه في البطن الواحدة، وشمول البيع للحمل الموجود في بطن أمه تبعا لأمه، ومن غير شرط، وما في معنى هذه البيوع، وفي المقابل فإن الجهل في بيع الملامسة متفق بأنه من الجهل الكثير، و الذي يؤثر في صحة البيوع، لاحتوائه المخاطرة، والمقامرة، ويؤدي للمنازعة، وما تورثه من عداوة وبغضاء، وأنه يمكن الاحتراز منه، وكذلك الأمر في بيع الملاقيح والمضامين، وبيع السمك في الماء، والثمار قبل بدو صلاحها، وبيع الغائب دون وصف، ولا رؤية مسبقة لا يتغير بعدها المبيع عادة، ولا خيار، وما في معنى هذه البيوع، ولهذا اتفق الفقهاء بأن هذا من الجهل الكثير، ومؤثر في صحة البيوع[1]، ولكن بين هاتين المرحلتين مرحلة وسطا، ليست باليسيرة يدخل تحتها المسائل التطبيقية التي ثار الخلاف في تقييم الجهل الذي يكتنفها، هل هو من اليسير فيلحق بالأول أم من الكثير فيلحق بالثاني، وقد اختلف

(1) المنتقى شرح الموطأ للباجي 162/4 - 163. المقدمات لابن رشد 73/2 بداية المجتهد لابن رشد الحفيد 148/2 وما بعدها. الذخيرة للقرافي 192/5 وما بعدها. مواهب الجليل للحطاب 265/4 وما بعدها. حاشية العدوي على الرسالة للعدوي 138/2 وما بعدها. حاشية الدسوقي -ابن عرفة - محمد عرفة الدسوقي (بيروت - دار الفكر - ب ط - ب ت) 15/3 وما بعدها 52 وما بعدها.

فقهاء المالكية في كثير من المسائل التطبيقية التي يدخل جهلها في هذه المرحلة، واختلافهم مع استخدامهم لنفس المعيار دليل لعدم انضباط هذا المعيار، أذكر نماذجا من هذه المسائل منها مثلا:

- **إذا وقع الجهل بالجملة وعلم التفصيل،** كمن باع شعيرا، أو طعاما كل قنطار بخمسين دينارا، ولم يعلم قدر الشعير أو الطعام، إلا أنه رآه، فالمشهور في المذهب الجواز ومنعه بعضهم، وأساس الخلاف هل الجهل بالجملة مع العلم بالتفصيل، ورؤية المبيع من الجهل اليسير المعفو عنه، أم من الجهل الكثير المانع من صحة البيوع، فالمعيار واحد، وهو قدر الجهل، إن كان يسيرا أعد من المعفو عنه، وإن كان كثيرا منع من الصحة، ومع ذلك اختلفوا عند التطبيق، أي اختلفوا في تقييم هذا الجهل باستخدام نفس المعيار.

- **بيع الحنطة في سنبلها أو تبنها بكيل معلوم لا جزافا،** فقد اتفق جمهور المالكية على الجواز إذا وقع العقد على كيل معلوم من المجموع، أما إذا وقع العقد على جزء معلوم من المجموع، فقد اختلفوا في صحة العقد، وسبب الاختلاف هو تقدير الجهل باستخدام معيار المقدار، فمن أجاز البيع أعد الجهل يسيرا، ومن منع البيع أعد الجهل كثيرا.

- **بيع الثمر إذا كان بطونا متصلة، وتميزت بطونه،** هل يصح بيعه ببدو صلاح البطن الأول أم لا ؟.

لقد اتفق فقهاء المالكية على صحة بيع ما لم يبد صلاحه من البطن الواحدة تبعا لما بدا صلاحه لأنه من الجهل اليسير، واتفقوا على عدم جواز ما لم يبد صلاحه من البطون إذا لم تتصل، لأن الجهل كثير، أما إذا اختلفت البطون، وتميزت، واتصلت فقد وقع الخلاف بين فقهاء المالكية، فأجازه بعضهم، لأنه من الجهل اليسير المعفو عنه، ومنعه البعض الآخر، لأنه من الجهل الكثير المانع من الصحة، فالمعيار واحد، ويعودون لمدرسة واحدة تتفق أصولها، إلا أن حكمهم في المسألة يختلف[1].

---

(1) المنتقى شرح الموطأ للباجي 162/4 وما بعدها. المقدمات لابن رشد 73/2 - 78. البيان والتحصيل ابن رشد - الوليد محمد بن أحمد- تح محمد محي وغيره (بيروت - دار الغرب الإسلامي- ط الثانية 1988 م) 7/ 369، 383، 429 - 430. بداية المجتهد لابن رشد الحفيد 156/2 وما بعدها. المعيار - الونشريسي - أحمد بن يحي- إشراف محمد حجر (بيروت- دار الغرب الإسلامي ب ط - 1981) 5/5 - 8، 39/6. مواهب الجليل للحطاب 474/4 - 489، 361. حاشية الخرشي للخرشي 16/5 - 33. منح الجليل لعليش 465/4وما بعدها، 484 - 490. حاشية الدسوقي للدسوقي 15/3 وما بعدها.

إن الاختلاف باستخدام معيار واحد، واعتماد نفس الأسس دليل على عدم انضباط هذا المعيار، وهذا يوصل إلى نفس نتيجة استخدام معيار المنازعة، أي عدم انضباط معيار قدر الجهل أيضا، فمسألة اليسر والكثرة نسبية، كما أن لطبيعة العقد، وظروفه دور في تحديد اليسر والكثرة، أي أن التقدير مرده لتقدير البشر من خلال فهمهم لمضمون النصوص، وما قصده الشارع من معان بهذه النصوص، وهذا لا تتوحد فيه الآراء، لاختلاف الفهم، والإدراك، ولهذا وقع الخلاف في أكثر المستجدات في كل عصر، وامتد إلى هذا العصر، فوقع الاختلاف في كثير من المسائل، سواء في ترجيح ما سبق، أو الحكم فيما استجد، مع أنهم استخدموا نفس المعيار، إلا أنهم لم يذكروا ما يحدد به اليسر والكثرة، ويحسم النزاع، وكانت الوسيلة الوحيدة في التقدير هي العقل، وذلك من خلال الفهم للمعاني والمقاصد كما فهم سلفهم[1].

لقد اكتفيت بعرض المسائل الخلافية دون الترجيح غالبا، لأن القصد هو بيان عدم انضباط المعيار المستخدم للتفرقة بين قسمي الجهل، المؤثر، والمعفو عنه، ووجود الاختلاف باستخدام نفس المعيار، واعتماد نفس الأسس كاف لإثبات ذلك، وبصرف النظر عن الراجح، والمرجوح، كما أن الخلاف في تحقيق مقاصد الشارع في هذه المسائل يتأثر بالظروف، وتطور الحياة الاقتصادية، والاكتشافات العلمية الحديثة، ودورها في تحقق العلم، وهذا قد يؤدي إلى تخفيض الجهل، ونقله من الكثير إلى اليسير، مما يؤدي إلى ترجيح ما كان مرجوحا، ودون خروج عن الراجح في المذهب.

المعيار الثالث: الغرر.

أكثر من استخدم هذا المعيار للتمييز بين قسمي الجهل، المؤثر وغير المؤثر في صحة البيوع هم الشافعية، وانطلقوا من أن الجهل لم يرد نص بالنهي عنه، إنما كان النهي عنه من باب الغرر، فالجهل لم ينه عنه لذاته، ولا يدخل في دائرة النهي والتأثير في العقود، إلا إذا وصل لدرجة الغرر.

(1) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص270. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 440/4 - 441. أحكام المعاملات للخفيف ص232 - 233. الموسوعة الفقهية الكويتية 151/34 - 153. الملكية ونظرية العقد لسراج ص 218. مشكلة الاستثمار وكيف عالجها الإسلام للصاوي ص 393 - 394.

وقد عرفوا الغرر بعدة تعريفات يجمعها ما ذكره الشربيني[*]، (ما تردد بين متضادين أغلبهما أخوفهما، وما انطوت عنا حقيقته) [1]، قد اتفق فقهاء الشافعية من حيث المبدأ بأن الفيصل في تحديد الجهل المانع من صحة البيوع هو الغرر، وقد وقع الشافعية، ومن وافقهم فيما وقع فيه فقهاء الأحناف، والمالكية باستخدامهم لمعياري المنازعة، وقدر الجهل في تحديد الجهل المانع من صحة البيوع، لأن أراء الشافعية تدل على أن الغرر أيضا لم ينه عنه الشارع لذاته، وإنما نهي عنه لعلة، وذلك لاتفاقهم على جواز بعض البيوع مع دخول الغرر فيها، ولهذا احتاج الأمر لمعيار لتحديد الغرر الذي يدخل في دائرة النهي، وهذا أوقع الشافعية فيما وقع فيه الأحناف، والمالكية.

ومن أمثلة النصوص الفقهية للشافعية التي تنادي بأن جنس الغرر غير منهي عنه عبارة الشافعي حيث يقول:

(... لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر، وبيع القمح في سنبله غرر لأنه لا يرى، وكذلك بيع الدار والأساس، وكذلك بيع الصبرة بعضها فوق بعض، أجزنا ذلك كما أجازه النبي ﷺ، فكان هذا خاصا مستخرجا من عام) [2].

تدل عبارة الإمام الشافعي على أن الجهل في هذه البيوع غرره خارج دائرة النهي، لأن النبي ﷺ عفى عنه.

هذا يعني أن هناك قدرا من الغرر تجاوز عنه الشارع، ولا يوجد معيار محدد لتمييز الغرر المؤثر، وغير المؤثر في البيوع بشكل يحسم الخلاف، وإنما استمر نفس الإشكال في استخدام المعيارين السابقين، فقد اتفقوا على أن الجهل من باب الغرر المنهي عنه في مثل بيع الملامسة، وما في معناه، وأن الجهل معفو عنه في مثل بيع الجبة المحشوة، وما في معناه، إلا أن هناك مرحلة وسطا بين المرحلتين، الجهل في هذه المرحلة غرره أقل من الغرر المتفق بتأثيره، وأكثر

(* الشربيني هو محمد بن أحمد الشربيني، فقيه شافعي مفسر، من أهل القاهرة، له تصانيف عديدة منها مغني المحتاج أربعة أجزاء، توفي سنة 977 هـ انظر الأعلام للزركلي 6/6.

(1) مغني المحتاج للشربيني 13/2.

(2) الأم للإمام الشافعي 99/4.

من الغرر المتفق على العفو عنه، ولا يوجد ضابط منضبط يحسم النزاع[1]، ولهذا وقع الخلاف في كثير من المسائل التطبيقية الموجودة زمنهم، ووجد أكثر من حكم للمسألة الواحدة لفقهاء الشافعية، وباستخدامهم نفس معيار التفرقة، وهو الغرر، أي من أجاز البيع استند على الغرر، ومن منع البيع استند على الغرر، وفي بعض المسائل نقل عن الإمام أكثر من رأي، ولعل مرجع هذا الاختلاف لا لضعف الروايات، بل لاختلاف الظروف، وما أثرته في تغير نوع الغرر، فكان غرر مانع من الصحة في ظرف دون ظرف أخر، وأذكر بعض الأمثلة التي توضح هذا، ومن خلالها أحاول مناقشة هذا المعيار، وما يرد عليه من نقض.

- لو باع حصته من دار هو لا يعلمها، اختلف فيها الشافعية، فأجاز بعضهم البيع، ومنعه بعضهم، وأساس الاختلاف تقدير الغرر المترتب على الجهل، فمن أجاز البيع اعتبر الغرر المترتب على الجهل معفو عنه، ومن منعه اعتبر الغرر المترتب على الجهل مانع من صحة البيع.

- إذا اشتمل عقد البيع الحلال، والحرام في عقد واحد، هل يبطل البيع في الحرام فقط، بناء على تفريق الصفقة، أم يبطل في الجميع بناء على وحدة الصفقة ؟.

لقد اختلف فقهاء الشافعية في هذه المسألة، منهم من قال بصحة البيع في الحلال، واقتصار البطلان على الحرام، ومنهم من قال يبطل في الجميع، وسبب الاختلاف هو الغرر المترتب على الجهل، لأن لاجتماع البيعتين جزء من الثمن، وهذا القدر مجهول، فمن أجاز البيع في الحلال فقط، أعد أن الغرر المترتب بهذا الجهل من الغرر المعفو عنه، ومن منع البيع في الجميع، أعد أن الغرر المترتب بهذا الجهل مانع من الصحة، وغير معفو عنه.

- بيع الغائب على الصفة دون رؤية، فقد اختلفت الروايات عن الإمام الشافعي، فروى إجازة الإمام الشافعي لبيع الغائب على الصفة دون رؤية، وروى عدم إجازته لبيع الغائب

(1) الأم للإمام الشافعي 88/8. صحيح مسلم بشرح النووي 416/4. المجموع شرح المهذب للنووي 258/9. حواشي المحتاج- الشرواني عبد الحميد الشروان وغيره (بيروت - دار الفكر ب ط – ب ت) 242/4، 260، 263، 292. مغني المحتاج للشربيني 12/2 – 18، 30 – 31. زاد المحتاج للكوهجي 13/2 – 16، 31 – 38. فتح الوهاب للأنصاري 159/1، 164 وما بعدها. حاشية البيجرمي على المنهج للبيجرمي 182/2 وما بعدها، 205 – 210. حاشية الشرقاوي للشرقاوي 2/ 8 – 14، 52 وما بعدها.

على الصفة، فرواية الإجازة على أساس أن الوصف ليس كالرؤية في تحقيق العلم، لأن الوصف مهما كان دقيقا لا يحقق ما تحققه الرؤية من العلم، إلا أن هذا القدر من الجهل لا يمنع غرره من صحة البيع، بل هو من الغرر المعفو عنه، أما رواية المنع، فعلى أساس أن غرر هذا الجهل مانع من صحة البيع، واختلف فقهاء الشافعية من بعد إمامهم في الترجيح، فمنهم من رجح رواية المنع باعتبار أن هذا الغرر مانع من الصحة، ومنهم من رجح رواية الجواز باعتبار أن هذا الغرر معفو عنه[1].

إن اختلاف الشافعية في حكم المسألة الواحدة، وباستخدام معيار الغرر، دليل على عدم انضباط هذا المعيار، ولم يذكر فقهاء الشافعية معيارا محددا للتمييز بين الغرر المنهي عنه، والغرر المعفو عنه، أما ما ورد من عبارات تدل على استخدامهم للمنازعة، وقدر الغرر للتمييز بين نوعي الغرر فلا تحسم النزاع، كما سبق وأن أوضحت.

المعيار الرابع: الموازنة بين المصالح والمفاسد.

استخدم بعض فقهاء الحنابلة المعايير السابقة للتمييز بين الجهل المؤثر في صحة العقود، والجهل المعفو عنه، وقد بيت عدم انضباط هذه المعايير، وقد ورد في عبارات الحنابلة إشارات إلى استخدام معيار رابع للتفرقة بين الجهل المانع من الصحة، والجهل المعفو عنه، وهذا المعيار، هو الموازنة بين المصالح والمفاسد، أي المصالح التي تحققها صحة العقد مع الجهل، ومفاسد الغرر، فإذا كانت المصالح هي الغالبة جاز البيع، وأعد الجهل غير مؤثر، ومن الجهل المعفو عنه، أما إذا كانت المفاسد هي الغالبة بطل العقد، وأعد الجهل مانعا من الصحة، وقد أشار ابن تيمية إلى ذلك بقوله: (وإذا كانت مفسدة بيع الغرر كونه مظنة العداوة والبغضاء، و أكل أموال الناس بالباطل، فمعلوم أن هذه المفسدة إذا عارضتها المصلحة الراجحة قدمت عليها، كما أن السباق بالخيل والإبل لما كان فيه مصلحة شرعية جاز بالعوض، وإن لم يجز غيره بالعوض، ومعلوم أن الضرر على الناس بتحريم هذه المعاملات أشد عليهم مما قد يتخوف

---

(1) الأم للإمام الشافعي 87/8 وما بعدها. المجموع شرح المهذب للنووي 299/9 وما بعدها. الميزان الكبرى للشعراني 66/2 وما بعدها. حواشي المحتاج للشرواني وغيره 251/4، 263وما بعدها. مغني المحتاج للشربيني 40/2 وما بعدها. فتح الوهاب للأنصاري 165/1 - 167.

فيها من تباغض، وأكل مال بالباطل، لأن الغرر فيها يسير كما تقدم، والحاجة ماسة إليها، والحاجة الماسة يندفع بها الغرر اليسير، والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة ماسة راجحة أبيح التحريم) [1].

تدل عبارة ابن تيمية على أن معيار التفرقة بين الجهل المؤثر والجهل غير المؤثر في صحة البيوع هو الموازنة بين المصالح والمفاسد، وإشارته إلى الكثرة، واليسر على أساس أنهما وسيلة لتقدير المصالح والمفاسد، فعادة يسير الجهل تكون المصلحة فيه هي الغالبة، وكثير الجهل تكون المفسدة فيه هي الغالبة، وهذا يثير نفس الإشكاليات الواردة بالمعايير السابقة، وقد ذكرت مصادر الفقه الحنبلي اعتماد بعض فقهاء الحنابلة على الموازنة بين المصلحة، والمفسدة للتفرقة بين الجهل المانع من صحة البيوع، والجهل المعفو عنه، واكتفى بعضهم بالتطبيق دون ذكر ما اعتمد عليه، أي هل اعتمد على المعايير السابقة، أم على معيار الموازنة[2]، ويرد على معيار الموازنة نفس ما ورد على المعايير السابقة من إشكاليات، لأنهم عادوا إلى نفس المعايير السابقة في النهاية، فاعتمدوا قدر الجهل، والمنازعة للتمييز بين ما غلبت مصلحته فيجاز، وما غلبت مفسدته فيمنع، وهذه المعايير سبق بيان عدم انضباطيتها، ولهذا اختلف فقهاء الحنابلة في حكم المسألة الواحدة، مع استخدامهم لنفس المعيار، كما وقع عند غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى، ونذكر نماذج من المسائل المختلف فيها باستخدام معيار الموازنة.

- **بيع المغيبات في الأرض قبل قلعها**، وبعد بدو صلاحها كالبصل، والفجل ونحوهما، فاختلف فيه فقهاء الحنابلة، فمن أجاز بيعها دون رؤية ما هو مستور أعد مفسدة الجهل أقل

---

(1) مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 48/29 - 49.

(2) المغني لابن قدامة 104/4 - 105، 221 - 229. مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 22/29 - 29. - المبدع في شرح المقنع لابن مفلح 23/4 وما بعدها، 28 وما بعدها، 165 - 166. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف عل مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل- المرداوي – علاء الدين أبو سليمان – صححه وحققه محمد حامد الفقي (بيروت - دار إحياء التراث العربي- ط الثانية 144ه 1982) 295/4 وما بعدها، 309 وما بعدها. الإقناع للجحاوي 64/2 - 70. منتهى الإرادات في جمع المقنع- ابن النجار – تقي الدين محمد بن أحمد القنومي الحنبلي – تح عبدالغني بن عبدالخالق (بيروت - عالم الكتب - ب ط – ب ت) 342/1 - 345. كشف القناع عن متن الإقناع- البهوتي – منصور بن يونس بن إدريس– مراجعة هلال مصلحي مصطفى (بيروت - عالم الكتب ب ط 1983 م) 161/3 - 174.

من مصلحة حاجة الناس، ودفع مشقة الاحتراز منه، فغلب المصلحة في إجازة العقد على مفسدة الجهل، ومن رأي عدم صحة البيع أعد مفسدة الجهل أولى بالاعتبار من مصلحة إجازة العقد، فلهذا غلب المفسدة على المصلحة.

- **البيعتين في بيعة، هل ينظر لكل بيعة على حدة،** أم تفرق، فقد اتفق فقهاء الحنابلة على عدم تفريق الصفقة، وعدم صحة البيع في الجميع إذا جهل حصة كل مبيع، ولا يمكن معرفة حصة كل مبيع من الثمن بالعرف، أو نص في العقد، فالجهل في هذه الصورة مانع من الصحة باتفاق فقهاء الحنابلة، لرجحان مفسدته على مصلحة إجازة العقد، ووقع الخلاف فيما إذا أمكن قسمة الثمن على المبيعين بالعرف، أو طبيعة العقد، أو نص في العقد، فأجازه بعض فقهاء الحنابلة وأعدوا الجهل الذي يحتويه العقد غير مؤثر لرجحان مصلحة إجازة البيع على مفسدة الجهل، أو الغرر، ورأى جانب أخر من الفقه الحنبلي بطلان هذا البيع، وذلك لرجحان مفسدة الغرر المترتب على الجهل بقيمة المبيع منفردا أثناء العقد على مصلحة إجازة العقد، والحاجة إليه، وهذا دليل على عدم انضباط معيار الموازنة.

- **إجارة عسب الفحل،** روي عن بعض فقهاء الحنابلة جواز الإجارة، وإن كان الراجح عندهم عدم الجواز، وعند الموازنة وقع الاختلاف، فمن أجاز العقد أعد المصلحة هي الغالبة، ومن رأى البطلان أعد المفسدة هي الغالبة[1].

إن الموازنة بين المصالح والمفاسد قاعدة عامة في كل الأحكام، وخاصة في المعاملات، حيث أنها أسهل إدراكا لعقول البشر لتعلقها بحياتهم الدنيوية بخلاف العبادات، حيث يعجز العقل في كثير من الأحيان عن إدراك مصالحها، ومفاسدها لتعلقها بأمور الآخرة، فالمصلحة لها أدوار عديدة في الفقه الإسلامي، فهي قد تكون مصدر الحكم، كما في جمع القرآن، وفي عقد الاستصناع، وقد تكون علة الحكم، كالمحافظة على العقل في تحريم الخمر، والحث على العمل، ومنع الظلم، واستغلال الحاجة في تحريم الربا، وقد تكون قاعدة من قواعد الفقه، وقد أعدها الشافعية من القواعد الخمسة التي بني عليها الفقه، ولما كانت لا توجد مصلحة

(1) المغني لابن قدامة 93/4 – 105، 233 – 264. مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 25/29 – 26، 47-51. الإنصاف للمرداوي 301/4، 321. منتهى الإرادات لابن النجار 344/1 وما بعدها. كشف القناع للبهوتي 256/3- 177.

خالصة، ولا مفسدة خالصة، فالمصلحة لابد وأن تشوبها مفسدة، وإن اقتصرت على التكاليف، والحد من رغبات الإنسان وشهواته، كما أنه لا توجد مفسدة خالصة، وإن اقتصرت المصلحة على تحقق شهوات الإنسان، ولهذا كان لابد من الموازنة، فما كانت مصلحته غالبة شرع، وما كانت مفسدته غالبة منع[(1)]، ولما كانت الموازنة خاضعة لتقدير العقل وقع الاختلاف في تقديرها، فتغليب المصلحة والمفسدة ليست خاصة بالجهل، وتأثيره في البيوع، وإنما هي عامة في كل الأحكام الشرعية، ولا تعد معيارا محددا للتفرقة بين الجهل المؤثر، وغير المؤثر لعدم انضباطها.

لقد اتفق الفقهاء قديما، وحديثا على ارتباط المعاملات بالمصلحة، ولكن اتفاقهم على هذا المبدأ لم يمنع من اختلافهم عند التطبيق، واتسع هذا الخلاف في المعاملات كلما تطورت الحياة الاقتصادية، لحدوث معاملات جديدة تختلف ظروفها، ووسائلها عن السابقة، وإن اتخذت نفس الصورة، أو الشكل الخارجي، أو الاسم، وهذا وإن دل على شيء، فإنما يدل بأن الموازنة بين المصالح، والمفاسد أمر نسبي، ويرجع إلى تقدير كل فقيه بتأثير ظروف زمنه، ومكانه، كما أنه أمر يسعى الجميع إلى تحقيقه، ولا يصلح أن يكون معيارا منضبطا لتحديد الجهل، بل هي أهم مقصد من مقاصد الشريعة، ومتى عرف موطن المصلحة يجب الوقوف عليه.

هذه أهم المعايير التي بدا من مصادر الفقه الإسلامي استخدامها لتحديد الجهل، واقتصرت على هذه المعايير، وإن كانت هناك إشارات في الفقه الإسلامي تدل على استخدام معايير أخرى، لأن غيرها يرجع إليها، وترد عليها نفس الإشكاليات الواردة على المعايير التي عرضتها، ومن أمثلة ذلك، القول بأن الجهل في الجنس، أو النوع، أو القدر من الجهل المؤثر، والجهل في الصفة من الجهل غير المؤثر في المبيع الحاضر إلى مجلس العقد، وهذا لا يعني إغفال دور الوصف في البيع، وإنما المقصود أن أكثر الأوصاف المعتبرة في البيع تحدد بالرؤية من حيث الأصل، وإذا ثبت وجود غش، أو تدليس على المتعاقد، فله أحكامه الخاصة، وهي تختلف عن أحكام بيع المجهول، حيث أثبت الفقهاء الخيار في أكثر هذه الحالات، أما ذكر

(1) الأشباه والنظائر في الفروع- السيوطي- الإمام جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي - (بيروت – دار الكتب – ط الأولى سنة 1403 هـ) 6، 121. الموافقات للشاطبي 2 /15 وما بعدها.

القدر فإن الإشكالية في القدر الذي يؤثر والقدر الذي عفى عنه الشارع، وهذا لا يختلف عن معيار قدر الجهل الذي اعتمد عليه المالكية، أما جهل النوع، والجنس، فما ذكرهما إلا لأن الجهل بهما عادة ما يكون من الجهل المانع من الصحة، وذلك وفقا للمعايير التي ذكرها الفقهاء، ويبدو أن ذكر الفقهاء للجهل بالنوع، أو الجنس لا يعنى اعتماد هذه الأمور كمعايير لتحديد الجهل، وإنما المراد تحديد بعض حالات الجهل، فهذا من باب الشرح والتفصيل، أي أنهم أرادوا القول أنه من خلال الاستقراء لحالات الجهل تبين أن الجهل إذا كان في الجنس، أو النوع يكون مؤثرا، لأنه لا يوجد منها معيار يطبق على كل الحالات، فإذا قلنا بأن المعيار هو الجنس، أو النوع، احتجنا لمعيار يعرف به الجهل المؤثر إذا كان في المقدار، أو الصفات، ولا يمكن إغفال الصفات، أو المقدار، وقد أوضحت المسائل التي عرضتها أن أكثر أنواع الجهل التي تثير إشكالا، واختلف فيها الفقهاء، هي الجهل في الصفات، أو المقدار، كما في بيع المغيب في الأرض، أو ما له صوان، أو ما يباع داخل قشره كاللوز، والجوز، وبيع الغائب على الصفة، واللبن في الضرع، وإجارة الظئر، والصوف على ظهر الغنم، وغيرها كثير، فالجهل في الأمثلة السابقة في وصف معتبر، أو في القدر لا في الجنس، ولا النوع، بل إن أكثر المسائل المنصوص عليها والتي اعتمد عليها الفقهاء في بيان أحكام الجهل وحدوده كان الجهل بالوصف، أو القدر، لا بالجنس، ولا النوع، كبيع الملامسة، وبيع الحصاة، وضربة القانص، والميسر المعروف في الجاهلية، فهذه عادة ما يكون الجهل فيها متعلقا بالوصف، أو القدر، لا في الجنس، ولا النوع، كما أن عدم اعتبار النوع، أو الأوصاف ينقض الأدلة العقلية التي استند عليها الفقهاء في منع بيع المجهول.

إن الخلاف السابق في معايير تحديد الجهل ظاهري، وليس خلافا حقيقيا، لأن المعايير الأربعة السابقة التي ذكرناها لها دور في تحديد الجهل المانع من صحة البيوع عند الجميع، والاختلاف في طريقة العرض، أو في التطبيق، وهذا حصل حتى باستخدام المعيار الواحد، فمن اعتمد المنازعة كمعيار للتفرقة لم يهمل اليسر، والكثرة، بل أعد اليسر، والكثرة هما وسيلة لتحديد الجهل المؤدي للمنازعة من عدمه، فاليسير لا يؤدي إلى المنازعة، والكثير يؤدي للمنازعة، كما أنهم لم يهملوا الغرر، ولا الموازنة بين المصالح، والمفاسد، فالجهل منع لأنه نوع من أنواع الغرر الذي نهى عنه الرسول ﷺ، ومنع المنازعة للمفاسد التي تترتب عليه، والمصالح التي يفوتها، أما من اعتمد معيار مقدار الجهل، أعد المنازعة، هي الحكمة من النهي

عن الجهل الكثير، وارتفاع المنازعة، هي الحكمة من العفو عن الجهل اليسير، وأساس ذلك الموازنة بين مفاسد الغرر، ومصالح إجازة البيع مع الغرر، فإن كانت المصلحة هي الغالبة جاز البيع، وإن كانت المفسدة هي الغالبة منع البيع، وكذلك الحال في المعايير الأخرى، وخلاف الفقهاء في بعض المسائل التطبيقية، والحكم بالبطلان لأن الجهل مؤثر في الصحة، أو صحة العقد لأن الجهل معفو عنه، سببه عدم انضباط معايير التفرقة، ولهذا نجد في بعض التطبيقات، اتفاق أكثر من مذهب مع الاختلاف في المعيار المستخدم، وفي المقابل اختلاف فقهاء المذهب الواحد في المسألة الواحدة مع استخدام نفس المعيار، وأذكر نماذج من هذه المسائل للتوضيح، منها مثلا:

بيع الغائب على الصفة.

لقد ذهب أكثر الأحناف، والمالكية، والحنابلة إلى جواز البيع، إذا ذكرت الأوصاف المعتبرة، أما فقهاء الشافعية، فقد انقسموا إلى فريقين، فريق قال بالجواز، وهو غير المشهور عندهم، والمشهور في المذهب القول بعدم الجواز للجهل، لأن الوصف لا يحقق العلم الكافي لصحة البيوع، فاتفاق أكثر فقهاء الأحناف، والمالكية، والحنابلة، وبعض فقهاء الشافعية يدل على اتفاق المعايير من حيث المضمون، واختلاف الشافعية فيما بينهم يدل على عدم انضباط المعيار المستخدم.

إجارة الفحل للضراب.

لقد اتفق الفقهاء على عدم صحة بيع الملاقيح، والمضامين[1] للجهل، واختلفوا في إجارة الفحل للضراب، فمنعه الأحناف، والشافعية، وأكثر الحنابلة، وأجازه المالكية، وبعض فقهاء الحنابلة، فمنعه الأحناف، ومن وافقهم للجهل، لأن العقد يتجه إلى الماء، وهو من باب بيع الملاقيح، وهذا معدوم، فهذا جهل مانع من الصحة وفقا للمعايير الأربعة السابقة، فاتفاق الأحناف، والشافعية، والحنابلة مع اختلاف المعايير المعتمد عليها يدل على وحدة مضمونها، واختلاف فقهاء الحنابلة مع وحدة المعيار يدل على عدم انضباط المعيار المستخدم، أما

(1) المضامين، هي ما في ظهور الفحول، والملاقيح، هي ما في بطون الأنعام، هذه أشهر التفسيرات لمعنى المضامين، والملاقيح، والمالكية عدم شمول المضامين انظر مثلا:المنتقى في شرح الموطأ للباجي 42/4. الانصاف للمرداوي 300/4 - 301. الغرر وأثره في العقود للضرير ص 183 - 184.

اختلاف المالكية مع الأحناف، ومن وافقهم، فسببه اختلاف النظرة، لأنهم اعتبروا أن العقد وقع بإجارة الفحل، لا بمائه.

بيع اللبن في الضرع.

اللبن في الضرع لا يمكن رؤيته وقت العقد، ولا تقديره إلا بالتجربة، وهذا يخضع لعدة أمور خارجة عن المعقود عليه، تجعل التقدير نسبيا، وليس مطلقا، لهذا لا يخلو هذا العقد من الجهل، والراجح عند الأحناف، والشافعية، والحنابلة عدم جوازه للجهل، أما المالكية، فأجازوه بشروط، وقد رأوا أن هذه الشروط تخلصه من الجهل المنهي عنه، ومن أهمها، أن يكون عدد الشياه أكثر من العشرة، وأن يعلم حلابها، وأن يكون في مدة لا تتغير فيها كمية اللبن عادة، ويكون ذلك بحسب التجربة، فاللبن في الضرع فيما أقل من العشرة، اتفق الجمهور على عدم جوازه، واتفاق جمهور الفقهاء على هذا الحكم وفقا للمعايير الأربعة دليل على وحدة مضمون المعايير، وأما اختلاف المالكية فيما زاد على العشرة بالشروط السابقة فيعود لاختلاف تقدير الجهل، لا بسبب اختلاف المعيار المستخدم، لأنهم رأوا في العدد، وبالشروط المذكورة تخليص للبيع من الجهل المانع من الصحة[1].

---

(1) انظر في أحكام النماذج السابقة عند الفقهاء مثلا: الأصل للشيباني 85/5 - 92. الأم للإمام الشافعي 87/8. المدونة لسحنون 225/3، 260، 318، 348. المنتقى في شرح الموطأ للباجي 249/4. 286 - 288، 22/5، 100 وما بعدها. بدائع الصنائع للكاساني 138/5 - 139، 163 - 164. بداية المجتهد لابن رشد الحفيد 148/2 - 157. المغني لابن قدامة 104/4، 114، 232 - 233. المجموع في شرح المهذب للنووي 287/9 - 290، 300، 326 وما بعدها. شرح فتح القدير لابن الهمام 411/6وما بعدها، 531، 50/6 - 53.. المبدع في شرح المقنع لابن مفلح 24/4 -32 البحر الرائق لابن نجيم 225/5 - 229 82/6 وما بعدها، 21/8. الملكية ونظرية العقد لفراج ص214. مشكلة الاستثمار وكيف عالجها الإسلام للصاوي ص 394. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 428/4، 440 - 441.

لقد ركزت على المذاهب الأربعة في تأصيل المسائل السابقة لأن أكثر مصادر الفقه الأخرى التي بين يدي اكتفت ببيان حكم المسائل، ولم تشر للمعيار الذي اعتمدت عليه في تحديد الجهل بشكل واضح، كما أنها في أكثر المسائل التي عرضتها، إن لم نقل كلها لاتخرج عن أراء المذاهب الأربعة في حكم تلك المسائل، فهي إما موافقة للأحناف، أو المالكية، أو الشافعية، أو الحنابلة، وجمعت مراجع الأحكام السابقة في موضع واحد للاختصار، ولارتباط الموضوع، وقد تكرر هذا في أكثر من موضع لنفس السبب، وكلما دعت الحاجة.

إن التطبيقات السابقة تدل على أن معايير تحديد الجهل المؤثر في صحة العقد واحدة من حيث المضمون، واختلاف الفقهاء في كثير من المسائل بشأن الجهل لا يعود إلى اختلاف المعايير المستخدمة، وإنما يعود لعدم انضباط هذه المعايير، أو اختلاف النظرة إلى العقد، مما يترتب عليه اختلاف تقدير الجهل، ولهذا كان هناك جهل مانع من الصحة وفقا لكل المعايير، وجهل غير مانع من الصحة، وخارج دائرة النهي وفقا لكل المعايير، كما أن الجهل المختلف فيه لم يقتصر على حالة اختلاف المعيار، وإنما وقع الخلاف حتى في حالة استخدام المعيار الواحد، وقد أثبتت التطبيقات السابقة ذلك، ولا يحتاج الأمر لإيضاح أكثر.

المبحث الثاني

الاستثناءات الواردة على بيع المجهول

لما رأى الفقهاء أن الجهل مسألة نسبية، وإن كان هناك قدرا من الجهل متفق على أنه يمنع من تحقق العلم الواجب توفره لصحة البيوع، إلا أن هناك عقود لها طبيعتها الخاصة، وتطبيق أحكام الجهل عليها بشكل مطلق يخرجها من دائرة الجواز، وهذا يؤدي في بعض العقود إلى معارضة النص، كما يؤدي في عقود أخرى لفوات مصالح معتبرة، ويوقع فواتها الناس في حرج ومشقة، وزادت الحاجة إلى هذه العقود بزيادة حجم التعامل بين البشر وتطوره، مما دعا الفقهاء إلى الاجتهاد لتأصيل هذه المسائل، وانتهى بهم الأمر إلى اعتبار هذه العقود استثناء من الأصل، أي استثناء من بيع المجهول، وهذه الاستثناءات تقسم إلى قسمين، قسم متفق على إجازته استثناء من بيع المجهول، وقسم اختلف الفقهاء في جوازه، فأجازه بعضهم إلحاقا له بالقسم الأول، لتوفر نفس مقاصد إجازة القسم الأول، ومنعه بعضهم، لأنه يمكن تحقق نفس المصالح بعقد أخر أقل جهلا، أو لأنه أصل، وأورد أهم هذه الاستثناءات مع تحليل، ودراسة أقوال الفقهاء بشأنها، وعرض ما يرد عليها من إشكاليات.

(1) عقد السلم.

لقد اتفق الفقهاء على جواز عقد السلم، وبيع السلم، هو بيع شيء موصوف في الذمة، سواء كان موجودا في الواقع وقت العقد، أم أن وجوده لا يتحقق إلا وقت حلول أجل التسليم، وشمول السلم لهذا المعنى محل اتفاق عند الفقهاء، وما يهمني في هذا البحث اتفاق الفقهاء على ثبوت أحد العوضين في الذمة، والاكتفاء بالوصف، وتحقق وجوده وقت حلول الأجل، وعدم اشتراط وجوده أثناء العقد، وهذا ما أعده الفقهاء مانعا من صحة البيع من حيث الأصل للجهل، وهذا الخروج أعده بعض الفقهاء استثناء من بيع المجهول، وبعضهم أعده أصل، والجواز لأن الجهل خارج دائرة الجهل المنهي عنه، والقول بأنه استثناء صرح به أكثر فقهاء الأحناف،

والشافعية، ووقع أكثر فقهاء الحنابلة على طرف النقيض من الأحناف، والشافعية، وقالوا بأن السلم أصل وليس استثناء من بيع المجهول، لأن الجهل المترتب على غياب المعقود عليه بشروط السلم من الجهل المعفو عنه، أما المالكية، فقد تذبذبت عباراتهم، ولا يمكن القطع بأنهم اتفقوا على القول بأن السلم استثناء، ولا يمكن القطع بأنهم اتفقوا على القول بأنه جاء وفق القياس، فكل ما تؤكده عباراتهم، وأحكامهم، أن الحاجة هي الداعية لإجازة عقد السلم، ولكن هل هذه الحاجة دعت لإجازة عقد السلم استثناء من بيع المجهول، أم لأن الحاجة جعلت الجهل في عقد السلم من باب الجهل المعفو عنه ؟، هذا ما لا يمكن القطع به[1].

لقد اتفق الفقهاء على جواز عقد السلم، واستدلوا على جوازه بالكتاب والسنة، فمن الكتاب، يقول الله تعالى: **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ)** [2]، فالآية تدل على جواز تأجيل المعقود عليه، وثبوته في الذمة، ولهذا أمر القرآن بكتابته، والثابت في الذمة قد يكون الثمن، أو المثمن، وفي الحالة الثانية، هو عقد السلم، كما استدلوا بما رواه ابن عباس رضي الله عنهما قال:(قدم رسول الله ﷺ المدينة، والناس يسلفون في الثمر العام، والعامين، أو قال: عامين أو ثلاثة، شك إسماعيل، قال: من سلف في تمر فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم)[3]. لقد وردت عدة أحاديث في السلم، وهذه الأحاديث اتفقت نصوصها في الدلالة على جواز عقد السلم، ولهذا أجمع الفقهاء على جواز عقد السلم استنادا بهذه الأحاديث.

إن إجازة عقد السلم وإن كان دليله النص من الكتاب والسنة، فإن حاجة الناس وضرورة المعاملة اعتبرها الفقهاء سبب الترخيص في بيع السلم، وإن كان المعقود عليه

---

(1) الأم للإمام الشافعي باب السلم أو السلف 3/ 131وما بعدها. المدونة لسحنون كتاب السلم 2/4 وما بعدها. بدائع الصنائع للكاساني باب السلم 207/5 وما بعدها. المغني لابن قدامة 4/ 304 وما بعدها. إعلام الموقعين -ابن القيم – أبو عبد الله محمد بن أبي بكر (القاهرة– دار الحديث- ب ط – ب ت) 1/ 348 – 350. شرح فتح القدير لابن الهمام 471/5 وما بعدها - مواهب الجليل للحطاب 514/4. فتح الوهاب للأنصاري 186/1.

(2) الأية 281 من سورة البقرة

(3) اللفظ للبخاري – صحيح البخاري للبخاري – كتاب السلم –باب السلم في كيل معلوم 43/3 –44. رواه مسلم – صحيح مسلم لمسلم كتاب البيوع باب السلم 1226/3. المعنى للنسائي – سنن النسائي للنسائي – كتاب البيوع باب التجارة –290/7 وما بعدها. سنن أبي داود لأبي داود كتاب البيوع باب في السلم 275/3.

معدوما، ولهذا أعده بعض الفقهاء استثناء من بيع المجهول، كما سبق وأن ذكرت، فعقد السلم جائز باتفاق الفقهاء، وأما اختلافهم في بعض المسائل التفصيلية، فهو اختلاف في تقدير الحاجة الداعية لجواز عقد السلم، وسأوضح هذه المسألة أكثر عند توجيه أراء الفقهاء في اعتبار عقد السلم استثناء.

إن الجهل بعقد السلم من الجهل المؤثر وفقا للمعايير السابقة غير معيار الموازنة من الجهل المانع من صحة البيع بحسب الأصل، وهذا ما حمل بعض الفقهاء للقول بأنه استثناء من بيع المجهول، إلا أن هذا محل نظر، وأتولى توجيهه في الباب الثاني، فالجهل في عقد السلم مانع من الصحة بحسب الأصل، وفقا للمعايير التي ذكرها الفقهاء للتمييز بين قسمي الجهل.

(2) عقد الاستصناع[1].

نقصد بعقد الاستصناع هنا التعاقد لصناعة شئ معين من معدن، أو ثياب، أو خشب، أو غيره، كانت المواد من الصانع، أو من التاجر، وعقد الاستصناع، لم يفرده الفقهاء تحت باب خاص، وبهذه التسمية إلا فقهاء الأحناف، ولكن هذا لا يعني عدم مشروعيته عند غير الأحناف، بل تعرضوا له ضمن عقدي السلم، والإجارة، وفي السلم خصص له فقهاء المالكية فصلا خاصا أسموه السلم في الصناعات، وقد اتفق الفقهاء على جواز عقد الاستصناع من حيث المضمون، وإن اختلفت التسميات، وعقد الاستصناع من الأمثلة التي تدل بأن المصلحة مصدر من مصادر التشريع باتفاق الفقهاء، من حيث المضمون، وإن اختلفوا فيها من حيث الإطلاق، حيث يورد الاستصناع كمثال للحكم الذي يبنى على المصلحة، واتفق الفقهاء على جوازه، وقد دلت أحكام الفقهاء وآراؤهم على أن الجهل، وما يترتب عليه من غرر في عقد الاستصناع معفو عنه للحاجة، وضرورة المعاملة، ومشقة الاحتراز منه، وهذا العقد، وإن كان جهله كثيرا، إلا أن الفقهاء رجحوا مصلحة إجازته على

---

(1) نتكلم عن الاستصناع هنا باعتباره عقد ملزم وليس مواعدة، لأنه إذ لم يكن ملزما، فلا معنى لاستثنائه من بيع المجهول، ولا يحقق المصالح التي من أجلها شرع عقد الاستصناع، كما أن موضوع البحث أثر الجهل في البيع لا في المواعدة بالبيع.

مفسدة الجهل، وسند إجازة عقد الاستصناع عند الأحناف هو الاستحسان المبني على الإجماع، وإن خالف القياس، وعند الجمهور غير الأحناف دليله، هو دليل العقد الذي يدخل تحته، أي الإجارة أو السلم[1].

(3) الإجارة.

عرفها الفقهاء بتعريفات متعددة، مضمونها عقد معاوضة على تمليك منافع، وقد أجمع الفقهاء على جوازها، ولا مخالف لهذا الإجماع ممن يعتد بقوله على مر العصور، واستدل الفقهاء على جواز الإجارة بالكتاب والسنة والإجماع، فمن الكتاب قوله تعالى: (**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**)[2]، ومن السنة ما رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: (ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه، ولم يعطه أجره) [3]، وقد أجمعت الأمة على جوازها، والعمل بها من عهد التشريع إلى يومنا هذا.

لقد اتفق الفقهاء من حيث المبدأ على اشتراط العلم بالمعقود عليه في الإجارة، كما في بيع

(1) الأم للإمام الشافعي 131/3 وما بعدها. المدونة الكبرى لسحنون 2/4 وما بعدها. المحلى لابن حزم 8 / 183. بدائع الصنائع للكاساني 2/5 وما بعدها. مواهب الجليل للحطاب 390/5 وما بعدها. مغني المحتاج للشربيني 102/2 وما بعدها. وسائل الشيعة لتحصيل الشريعة للعاملي54/13 وما بعدها. أحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص403 وما بعدها. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 730/4. عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة- الزرقا – مصطفى أحمد –مجلة مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السابعة الجزء الثاني – 1412هـ - 1992 م ص 232. عقد الاستصناع -السالوس – علي السالوس – مجلة مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السابعة العدد السابع – الجزء الثاني 1412هـ 1992 – ص 270 – 290. كما تراجع صور الإجارة في مصادر الفقه الإسلامي غير الفقه الحنفي لأن بعض صور الإجارة عند هذه المذاهب هي الاستصناع عند الأحناف، ولا مشاحة في الألفاظ ما دام المعنى، والمضمون واحد، والحكم واحد، وهو الإجازة، سواء دخل تحت اسم الإجارة، أو الاستصناع، والجهل الذي تحتويه هذه الصور واحد لا يختلف.

(2) الأية 6 من سورة الطلاق.

(3) صحيح لبخاري للبخاري كتاب الإجارات – باب اثم من منع أجر الأجير 50/3. لقد وردت عدة أثار تدل على جواز الإجارة، وإن اختلفت ألفاظها، منها مثلا:ماوراه مسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: (حجم النبي ﷺ عبد لبني بياضة، فأعطاه النبي ﷺ أجره، وكلم سيده، فخفف عنه من ضريبته، ولو كان سحتا لم يعطه النبي ﷺ) صحيح مسلم كتاب المساقاة باب حل أجرة الحجامة 1205/3.

العين، والمعقود عليه في الإجارة هو الأجرة، والمنفعة، وللمنفعة في الإجارة طبيعتها الخاصة، فهي معدومة وقت التعاقد، والانعدام في الأصل يمنع من صحة العقد عند أكثر الفقهاء، وذلك للجهل بالمعقود عليه، والطبيعة الخاصة للمنفعة كانت سببا في اختلاف الفقهاء في اعتبار الإجارة استثناء من بيع المجهول، أو اعتبارها أصل، والجهل فرضته طبيعتها، وجعلته من الجهل المعفو عنه، فذهب الأحناف، والشافعية إلى أن الأصل عدم جواز الإجارة للجهل، أما الحنابلة فالمعتمد في المذهب أن الإجارة أصل، وجاءت وفق القياس، والجهل لانعدام المنفعة لا يفضي للجهل المنهي عنه، وذلك لأن اختلاف طبيعة المنفعة عن العين أدي لاختلاف تقييم الجهل، أما المالكية فلم تصرح مصادرهم بأن الإجارة استثناء، أو وفق القياس، إلا أن دلالة بعض العبارات التي تعرضت لتفاصيل المسألة على أن الإجارة أصل أقوى من دلالتها على أنها استثناء، ولا تثار مسألة الاستثناء عند الفقه الظاهري لتوقفهم عند ظاهر النص ومنع الإلحاق، واكتنف الغموض في هذه المسألة عبارات الفقه الشيعي، والإباضي.

إن الجهل في الإجارة أساسه عدم وجود المنفعة وقت العقد، وتعرضها لخطر الانعدام، فتحقق المنفعة ليس بيد المتعاقد وحده، بل يساهم القدر فيها، وهذا يعرض المنفعة لاحتمال الانعدام، فالبئر قد يتم حفره، وقد يمنع مانع كطبيعة الأرض من تمامه، والعقد على استخراج الماء قد تتحقق هذه المنفعة، وقد لا تتحقق، والأمثلة المشابهة لهذه كثيرة في عقد الإجارة، وهذا ما دعا جانب الفقه، وعلى رأسهم الأحناف للقول بأنها استثناء من بيع المجهول، لأن هذا الجهل مانع من صحة البيع من حيث الأصل، إلا أن الحاجة لعقد الإجارة دفع لترك الأصل، والخروج عن القاعدة، ووقف جانب أخر من الفقه وعلى رأسهم الحنابلة على طرف النقيض، ولكن ليس في إجازة الإجارة، وإنما في اعتبارها استثناء، ولم ينف هذا الجانب من الفقه الجهل، وإنما ذهب إلى أن هذا الجهل معفو عنه في عقد الإجارة، وسبب الاختلاف في تقييم الجهل هو طبيعة العقد[1].

---

(1) الأم للإمام الشافعي 126/8 وما بعدها. المدونة الكبرى لسحنون كتاب الإجارة 419/3 وما بعدها. المحلى لابن حزم 182/8 وما بعدها. المغني لابن قدامة كتاب الإجارات 432 وما بعدها. مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 29/ 125 وما بعدها. شرح فتح القدير لابن الهمام كتاب الإجارات57/9 وما بعدها. الروضة البهية للعاملي وغيره 269/4 وما بعدها وسائل الشيعة لتحصيل مسائل الشريعة للعاملي 341/13 وما بعدها. حاشية الخرشي للخرشي كتاب الإجارات 9/7 وما بعدها. بلغة السالك للصاوي 268/2. الإيضاح للشماخي 229/6 وما بعدها. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 730/4.

إن الإجارة من العقود التي أعدها بعض الفقهاء استثناء من بيع المجهول، ولا خلاف في تضمن الإجارة للجهل، وإن اختلفت درجته باختلاف صورها، وهذا الجهل مانع من الصحة وفقا للمعايير السابقة، إلا أن الفقهاء اتفقوا على التجاوز عن هذا الجهل، إلا أنهم اختلفوا في تأصيل إجازة هذا الجهل، والمقصد هو إثبات أن الجهل بالمنفعة مبطل للبيع وفقا للمعايير السابقة بحسب الأصل، وهذا دلت عليه أراء الفريقين.

(4) المضاربة.

لقد اتفق الفقهاء من حيث المبدأ على جواز المضاربة واستدلوا لذلك بالمنقول والمعقول، فمن المنقول قوله تعالى: (**وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللـه**)[1]، وقوله تعالى: (**لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ**). [2]، فالمضاربة ضرب في الأرض، وابتغاء من فضل اللـه، كما استدلوا بفعل الصحابة ﵃، والعمل بها عند المسلمين إلى يومنا هذا، والمعقول هي الحاجة، والضرورة وما تحققه من مصالح ضرورية لصاحب المال، والمضارب، وللمجتمع، وقد اختلفت تعريفات الفقهاء للمضاربة[3] تبعا لمسلكهم في التوسع أو التضييق، وفقا لتقديرهم للمصلحة، والحاجة الداعية لإجازة المضاربة، واقتصارهم على قدر الحاجة، فالخلاف ليس في أصل الجواز، وإنما الخلاف في نطاقها، والمضاربة بجميع صورها لا تخلو من الجهل المانع من صحة البيوع، والاختلاف في بعض التفصيلات في المضاربة لا يؤثر

---

(1) الأية 18 من سورة المزمل.

(2) الأية 197 من سورة البقرة

(3) لقد اختلفت تعريفات المذاهب التي أجازت المضاربة للمضاربة تبعا لاختلافهم في التوسع، أو التضييق في المضاربة، فقد خصها بعضهم بالنقود، وأعمال التجارة، وبعضهم توسع، و أجازها في كل المال ببعض نمائه، انظر مثلا: ابن جزي من المالكية حيث عرفها بقوله:(أن يدفع رجل مالا لأخر ليتجر فيه ويكون الفضل بينهما)، القوانين الفقهية لابن جزي ص 282. وعرفها ابن قدامة من فقهاء الحنابلة بقوله:(أن يدفع، إنسان ماله إلى أخر يتجر فيه والربح بينهما.)، المغني لابن قدامة 26/5. وعرفها ابن الهمام من الأحناف بقوله:(عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الأخر.)، شرح فتح القدير لابن الهمام 8/ 447. فابن جزي، وابن قدامة قيدا العمل بالتجارة، وابن الهمام ترك العمل مطلقا، أي أن جميع التعريفات على أن المضاربة العمل في المال ببعض نمائه، والعمل في المال ببعض نمائه لبه العمل التجاري، وحتى إذا استخدم المال في عمل ظاهره يعتمد على الصناعة، إلا أن نهايته ومضمونه التجارة، لأن المصنوع سيؤل للبيع.

في اتفاق الجمهور على أنها استثناء من بيع المجهول، خلافا للرجح عند الحنابلة، فإن المضاربة عندهم وفق القياس، وليست استثناء من بيع المجهول، ومضمون المضاربة وفق تحليل الفقهاء لها، وعرضهم لجزئياتها هي العمل من جانب، والمال من جانب أخر، والربح بينهما وفقا للنسبة المحددة بالعقد، فبالنظر للعمل ورأس المال المضاربة كالإجارة فيما يتعلق بالجهل، فالعمل يمثل عنصر المنفعة في المضاربة، كما هو الحال في الإجارة، والمنفعة، أي العمل معدوم وقت التعاقد، فالمضاربة بالنظر للعمل تكون كالإجارة في اعتبارها استثناء من بيع المجهول، أم جاءت وفق القياس، أما بالنظر للربح إذا اعتبرناه جزءا من المعقود عليه، فإن الجهالة أشد، وذلك للمخاطرة التي تكتنف العقد، حيث أن الربح معدوم، ومجهول القدر أثناء العقد، ولا يتوقف حصوله على إرادة المتعاقدين، ولهذا أعدها الجمهور غير الحنابلة استثناء من بيع المجهول، وأراء الفقهاء تدل على أنهم نظروا للربح كجزء من المعقود عليه، ومما يؤيد هذا الاستخلاص مناقشتها على أنها استثناء من الإجارة المجهولة، وبالنظر للعمل ورأس المال بشروط الفقهاء لا تعد المضاربة من باب الإجارة المجهولة، لاتفاقهم على اشتراط العلم بالعمل، ورأس المال، كما يشترط العلم بالعمل في الإجارة، ووافق الجمهور الشيعة، والإباضية في اعتبارها استثناء من بيع المجهول، فالمخاطرة في الربح ظاهرة، فالربح يكتنفه الجهل من حيث المقدار، والوجود، فمقدار الربح مجهول أثناء العقد، ووجوده مجهول، فالمتعاقدان معرضان للخسارة، ودرجة احتمال الربح، كدرجة احتمال الخسارة، وفي حالة الخسارة يخسر العامل مقابل عمله، وربحه، ورب المال يخسر ربح ماله، وأحيانا يطال جزءا من رأس المال، وعبرت عن عدم الربح بالخسارة، وإن رجع رأس المال لأن هذه الحالة في معنى الخسارة، فالعامل يخسر عمله، ورب المال يخسر ربح ماله[1].

إن هذه المخاطرة، هي التي دعت جمهور الفقهاء، والشيعة، والإباضية للقول بأن المضاربة استثناء من الإجارة المجهولة، لأن المضاربة في معنى الإجارة، فهي في معنى إجارة

(1) الأم للإمام الشافعي 4/ 6 وما بعدها. المنتقى في شرح الموطأ للباجي 49/5 وما بعدها. التفريع لابن الجلاب 139/2 وما بعدها. المحلى لابن حزم 8 / 247 وما بعدها. بدائع الصنائع للكاساني 79/6 وما بعدها. المغني لابن قدامة 5 / 14، 26 وما بعدها. إعلام الموقعين لابن القيم 338/1 – 339. الروضة البهية للعاملي وغيره 180/4 وما بعدها. المضاربة- الماوردي - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب– تح الدكتور عبد الوهاب حواس – (دار الوفاء- ط الأولى 1989 م) ص 117 وما بعدها. الإيضاح للشماخي 5/7 وما بعدها.

رب المال للعامل ليعمل في ماله بجزء من الربح، واعتبار الربح جزءا من رأس المال هو الذي فرق بين موقف المالكية في المضاربة، والإجارة، فقد أوضحت بأن دلالة عبارات الفقه المالكي على أن الإجارة أصل أكثر من دلالتها على أنها استثناء، أما في المضاربة فقد صرحت بأنها استثناء من الإجارة المجهولة.

إن اتفاق الجمهور، ومن وافقهم في إجازة المضاربة، وإثارتهم مسألة الجهل، واتفاقهم على التجاوز عن هذا الجهل بصرف النظر عن التبرير، أي سواء اعتبر الجهل غير مؤثر على سبيل الاستثناء، أو وفق القياس، لأن طبيعة العقد تقتضي ذلك لا يتصور إلا بالنظر إلى الربح كجزء من المعقود عليه، فالجهل وفقا للتصور السابق والمخاطرة يكتنفا الربح لا العمل ورأس المال، وهذا الجهل مانع من الصحة وفقا للمعايير السابقة، أي التجاوز عنه خروج عن الأصل في بيع العين، وأصل بيع المنفعة، وهو الإجارة.

(5) المزارعة.

يقصد بالمزارعة، زراعة الأرض من غير مالكها بجزء من إنتاجها، وقد اختلف الفقهاء في جوازها على قولين:

القول الأول:

جواز المزارعة، أي زراعة الأرض بجزء من الخارج منها كالنصف مثلا، أو الربع، فالعوض هنا مجهول، فأراء الفقهاء تدل على أن النتاج جزء من المعقود عليه، والنتاج، هو خروج الزرع ونضجه من عدمه، ومن أدلة اعتبار الفقهاء النتاج جزء من المعقود عليه، تبريرهم بأن الأصل عدم جواز المزارعة، لتضمنها بيع الثمر قبل بدو صلاحه، والثمر هو النتاج، والقول بأنها إجارة مجهولة في الأصل، والعمل وفق شروط المزارعة عند الفقهاء معلوم، كالعلم بالعمل في الإجارة، أي لا تعد إجارة مجهولة إلا بالنظر للنتاج كجزء من المعقود عليه.

إن النتاج في المزارعة مجهول القدر، ومجهول التحقق، وهو لا يختلف عن الربح في المضاربة، فتحققه لا يخضع لإرادة المتعاقدين فقط، وهذا جهل مانع من صحة البيوع بحسب

الأصل، كما أنه يتضمن بيع الثمر قبل أن يزرع أصلا، والفقهاء اتفقوا على عدم صحة بيع الثمر قبل بدو صلاحه، ولو كان ظاهرا، إن لم يكن منتفعا به، واختلفوا في المنتفع به بدون شرط الترك، وهنا وقع العقد عليه قبل الزرع، وبشرط الترك حتى النضج، فالعقد يتم قبل زراعة الأرض.

إن القول بجواز المزارعة هو رأي المالكية، والحنابلة، وبعض فقهاء الشافعية، وما عليه العمل عند الأحناف، والظاهرية، والشيعة، والإباضية، إلا أن أنصار هذا الرأي اختلفوا في اعتبارها استثناء من الجهل، والقياس يأباها، أم أنها جاءت وفق القياس، فذهب الحنابلة إلى أنها جاءت وفق القياس، ولا تثار مسألة مخالفة القياس عند الظاهرية لإنكارهم للقياس، أما بقية الفقهاء فقد ذهبوا إلى أنها استثناء، فهي جاءت بخلاف القياس[1].

إن إثارة مسألة الجهل، سواء اعتبارها وفق القياس أو استثناء دليل للنظر للنتاج كجزء من المعقود عليه، لأن النظر إلى العمل، والأرض فقط لا يثير مسألة بيع ثمر قبل بدو صلاحه، ولا الإجارة المجهولة، فالمعقود عليه وفق رأي الفقهاء يشمل النتاج، والنتاج لا يمكن إنكار الجهل المؤثر الذي يكتنفه، أو تجاهله وفقا للمعايير السابقة، وهذا ما دعا الفقهاء للبحث عن تبريرهم لإجازة هذا العقد، وهو ما دفع الفريق الثاني لمنع صحة هذا العقد للجهل، كما سنرى.

واستند أنصار هذا الرأي بالإضافة إلى المصلحة، والحاجة الداعية على ما ورد عن الرسول اللـه ﷺ من أخبار تدل على جواز المزارعة، أهمها ما رواه البخاري عن ابن عمر

(1) المنتقى في شرح الموطأ للباجي 142/5 وما بعدها. المحلى لابن حزم 210/8. بدائع الصنائع للكاساني 175/6 وما بعدها. المغني لابن قدامة 416/5 وما بعدها. القوانين الفقهية لابن جزي ص 286 – 287. شرح فتح القدير لابن الهمام 462/9 وما بعدها. فتاوى السبكي- السبكي – أبو الحسن تقي الدين علي بن عبدالكافي (بيروت- دار المعرفة- ب ط – ب ت) 391/1. مواهب الجليل للحطاب 177/5 وما بعدها. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل للحجاوي 2/ 272 – 285. - الروضة البهية لمحمد العاملي وغيره 4/ 224. وسائل الشية إلى تحصيل الشريعة للعاملي 13/ 191 – 201. كتاب لباب الأثار الواردة على الأولين والمتأخرين الأخيار- اليو سعيدي – السيد مهنا بن خلف بن محمد اليوسعيدي – (سلطنة عمان – مكتبة الشرقية - ب ط – ب ت) 9/ 75 وما بعدها. أحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص 226 – 227. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 615/5 - 618.

رضي الله عنهما، (أن رسول الـلـه ﷺ أعطى خيبر اليهود على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما خرج منها)[1].

لقد اتفق كل من أجاز المزارعة على أن الجهل في بيع الثمرة قبل أن تخلق مما تجاوز عنه الشارع، وذكر جمهور الفقهاء أن هذا استثناء من الأصل، وهو عدم جواز بيع المجهول، وهذا الجهل اتفق الفقهاء على أنه من الجهل المانع من الصحة في البيع، وخالف أكثر فقهاء الحنابلة الجمهور في اعتبار المزارعة جاءت بخلاف القياس، حيث أعدوا المزارعة أصل، وليست استثناء، وإن وافقوا الجمهور في أن المزارعة تقتضي بيع الثمر قبل بدو الصلاح، وأن هذا الجهل متجاوز عنه، والعفو عن الجهل فرضه طبيعة العقد، والمصلحة والحاجة لهذا العقد، ولأن المزارعة أقرب للعدالة من البديل، وهو الإجارة[2]، أما الظاهرية فلا يتصور إثارة مسألة موافقتها للقياس من عدمه لإنكارهم للقياس كمصدر من مصادر التشريع، فهم وإن وافقوا الجمهور في القول بجواز المزارعة، إلا أنهم خالفوهم في أنها استثناء من الأصل، وأنها بخلاف القياس.

القول الثاني:

عدم جواز المزارعة، أي عدم جواز زراعة الأرض بجزء معلوم من الخارج منها، وذلك لاقتضاء المزارعة بيع الثمرة قبل أن تخلق، أو قبل أن تزرع، وهذا الجهل متفق على أنه مانع من

(1) صحيح البخاري للبخاري – كتاب الوكالة – باب المزارعة مع اليهود – 69/3. لقد وردت عدةأحاديث تدل على جواز المزارعة، وكانت سندا لمن أجاز المزارعة، أما الأحاديث التي يدل ظاهرها على عدم جواز المزارعة، فقد قال أنصار الجواز أنها خاصة بصور المزارعة الممنوعة، كالمزارعة بقدر مما يخرج من الأرض، وذلك لشبهة الربا، ولما كان المقصد هو بيان اعتبار المزارعة من الاستثناءات الواردة على بيع المجهول، وليس بيان الراجح تركت الترجيح، ومناقشة الأدلة، لأن زراعة الأرض، وبالنظر للنتاج لا تخلو من الجهل، سواء كان ذلك مزارعة، أو إجارة، كما سأوضح ذلك عند عرض القول الثاني، فهي استثناء في الحالتين، والمزارعة أجازها جمع من الصحابة، استنادا على الأحاديث الواردة عن الرسول ﷺ، وأما أحاديث المنع فقد خصها أكثر شراح الحديث بالمزارعة الممنوعة، ولمن أراد الاستزادة والتفاصيل مراجعة الموضوع في مظانه، انظر مثلا: فتح الباري لابن حجر العسقلاني 472/4، 2/5 وما بعدها. صحيح مسلم بشرح النووي للنووي 456/5 – 477. عمدة القاريئ للعيني 161/12 وما بعدها.. تحفة الأحوذي للأحوذي 529/4 – 532.

(2) إعلام الموقعين لابن القيم 338/1 – 339. انظر المراجع الوارد ذكرها في الهامشالسابق نفس الصفحات.

الصحة في البيوع، وفقا لمعايير الجهل عند الفقهاء، أما الضرورة والحاجة فيمكن اندفاعها بالإجارة، أي كراء الأرض بالنقود، وإذا اندفعت الضرورة، والحاجة فيجب العودة إلى الأصل، وهو عدم الجواز، أما تفضيلهم للإجارة على المزارعة، فلأنها الأصل في بيع المنافع، كما أن الإجارة متفق على جوازها، والمزارعة محل خلاف، فتطبيق أحكام الإجارة أولى بالاعتبار.

لقد ذهب إلى القول بعدم جواز المزارعة أبو حنيفة، ورجحه بعض فقهاء الأحناف، وهو المشهور عند الشافعية، وتأولوا خبر معاملة الرسول لأهل خيبر، بأن أرض خيبر فتحت عنوة، وما بها غنمه المسلمون، وليست مزارعة، كما استدلوا بأحاديث منع المخابرة، من ذلك ما رواه مسلم عن جابر ابن عبد اللـه ﷺ قال: قال رسول اللـه ﷺ: (من كانت له أرض فليزرعها فإن لم يزرعها فليزرعها أخاه) [1]، وما رواه مسلم عن جابر ﷺ (أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة)[2]، وتأولوا المخابرة أنها المزارعة، وهذه وغيرها من أدلة النهي عن المخابرة استدل بها أنصار هذا الرأي على عدم جواز المزارعة، إضافة إلى تضمن عقد المزارعة بيع الثمر قبل بدو صلاحه، والإجارة المجهولة، وهذا جهل مانع من صحة البيع، وقولهم باندفاع هذا الجهل بالإجارة[3]، وبالتالي لا يمكن الاستناد على مسألة الحاجة، أو الضرورة لإجازة المزارعة، ولكن هل الإجارة كما قال أنصار هذا الرأي يندفع بها الجهل؟.

إن الجهل المترتب على بيع الثمر قبل أن يخلق، أو الإجارة المجهولة لا يثار إلا على اعتبار أن النتاج جزء من المعقود عليه، والنتاج هنا هو الزرع، فعلى اعتبار أن النتاج جزء من المعقود عليه، فإن الجهالة المشار إليها لا تندفع بالإجارة، بل إن الجهالة في الإجارة أشد منها في المزارعة، وأكثر ظلما، حيث أن الجهل في الإجارة من طرف واحد، والطرف الأخر ربحه محقق، إذ يتقاضى أجرا محددا مقابل زرع قد يخرج، وقد لا يخرج، أما في عقد المزارعة،

(1) صحيح مسلم لمسلم كتاب البيوع باب كراء الأرض 3 / 1176.

(2) صحيح مسلم لمسلم - كتاب البيوع باب كراء الأرض 3 / 1177.

(3) الحجة للشيباني 138/4 - 143. الأم للإمام الشافعي 187/8 وما بعدها. بدائع الصنائع للكاساني 175/6لا وما بعدها. حواشي المحتاج للشرواني وغيره 108/6 وما بعدها. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 174/5 - 177.

فالطرفان متساويان، ودخلا على نفس الحظوظ، فإن لم ينتج الزرع خسر صاحب الأرض نتاج أرضه، وخسر العامل نتاج عمله، بخلاف الحال في الإجارة، فالعامل شريك في الربح فقط، وهذا مناف للعدالة، ويعود إلى أكل المال بالباطل، لخلو الأجرة في حالة فساد الزرع، أو قلة إنتاجه عن المعتاد عن المقابل، وهذه العلة هي التي من أجلها منع اللـه بيع الثمرة قبل بدو الصلاح، وقد أوضحت عبارة ابن القيم ذلك عند بيانه موافقة المزارعة للقياس، وكونها أعدل من الإجارة، إذ يقول: (ومن أعطى النظر حقه، علم أن المزارعة أبعد عن الظلم، والغرر من الإجارة بأجرة مسماة مضمونة في الذمة، فإن المستأجر إنما قصد الانتفاع بالزرع النابت في الأرض، فإذا لزمته الأجرة ومقصوده من الزرع قد يحصل، وقد لا يحصل، كان في هذا حصول أحد المعاوضين على مقصوده دون الأخر، فأحدهما غانم ولا بد، والأخر متردد بين المغرم، والمغنم، وأما المزارعة فإن حصل الزرع اشتركا فيه، وإن لم يحصل شيء، اشتركا في الحرمان، فلا يختص أحدهما بحصول مقصوده دون الأخر، فهذا أقرب إلى العدل) [1].

إن عبارة ابن القيم لا تحتاج لإيضاح، وكافية في بيان أن الجهالة لا تندفع بالإجارة، بل إنها في الإجارة أشد، وأبعد عن العدالة، وهي تعود إلى بيع الزرع أو الثمر قبل أن يخلق، ووجود المخاطرة من طرف واحد مع ضمان ربح الطرف الأخر هو الذي من أجله منع الفقهاء المضاربة بقدر معلوم، وهذا حكم أقره حتى من أجاز كراء الأرض بالنقود، ومنع المزارعة، فهو بمنعه للمزارعة يكون قد ناقض نفسه، فالسبب الذي من أجله منع المضاربة بقدر معلوم يرسخه في كراء الأرض.

من خلال ما سبق نخلص إلى اتفاق الفقهاء بأن الجهل في زراعة الأرض مما عفى عنه الشارع، سواء كان ذلك بحسب الأصل، أو على سبيل الاستثناء، وزراعة الأرض لا تخلو من الجهل، تم العقد على سبيل المزارعة، أو الإجارة، أي أن اقتضاء المزارعة لبيع الثمر قبل أن يخلق يقع في الإجارة، كما يقع في المزارعة، وذلك لأن الفقهاء من خلال أحكامهم نظروا إلى الزرع، وهو مجهول، ولم يخلق في الحالتين، ولا يمكن القول بعدم اقتضاء زراعة الأرض لبيع الثمر قبل بدو الصلاح، إلا بالنظر للأرض والعمل، وهذا لا يظهر أنه أراده أحد، لأن النظر

(1) إعلام الموقعين لابن القيم 338/1.

إلى الأرض والعمل لا يثير مسألة بيع الثمر قبل بدو الصلاح، وقد أثيرت هذه المسألة من الفريقين، أي ممن أجاز المزارعة، وممن منع المزارعة وقد سبق بيان ذلك.

(6) المساقاة.

المساقاة هي خدمة الشجر بما يحتاج إليه، من شق ترع، وعناية، وقد تباينت أراء الفقهاء في المساقاة، واختلفوا على ثلاثة أقوال هي:

القول الأول:

جواز المساقاة في كل شجر منتفع به، ويحتاج إلى عناية، ولم يبد صلاح ثمره، وأجازوها في الزرع، إذا ظهر وخاف عليه صاحبه الهلاك بتركه، وعجز عن خدمته، ولا تجوز المساقاة في الشجر إذا بدا صلاح ثمره، إلا إذا دعت الضرورة لذلك، وخاف صاحبه عليه الهلاك، وقال بجواز المساقاة المالكية، والحنابلة، والشافعية في غير المشهور في المذهب، وما عليه العمل عند الأحناف، كما قال بهذا الرأي الظاهرية، والشيعة، والإباضية واستندوا على رأيهم هذا بالضرورة، والحاجة، وبمعاملة الرسول ﷺ لأهل خيبر فيما رواه عبد الـلـه بن عمر رضي الله عنهما، (أن النبي ﷺ عامل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، فكان يعطي أزواجه مائة وسق وثمانون ثمر، فقسم عمر خيبر، فخير أزواج النبي ﷺ، أن يقطع لهن من الماء والأرض، أو يمضي لهن، فمنهن من اختار الأرض، ومنهن من اختار الوسق، وكانت عائشة اختارت الأرض)[1]، وما رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه (قالت الأنصار للنبي ﷺ اقسم بيننا وبين إخواننا النخيل، قال لا، فقالوا تكفوننا المؤنة ونشرككم في الثمرة، قالوا سمعنا وأطعنا)[2].

(1) صحيح البخاري للبخاري - كتاب البيوع – باب المزارعة بالشطر ونحوه 137/3 – 138. صحيح مسلم لمسلم – كتاب المساقاة - باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع 1186/3. سنن النسلئي للنسائي – كتاب البيوع باب التجارات 52/7 – 53. سنن الترذي للترمذي كتاب البيوع – باب في المساقاة 262/3 – 263.

(2) صحيح البخاري للبخاري – كتاب الوكالة– باب إذا قال اكفني مؤنة النخل 67/3. وقد وردت عدة أثار في الصحاح بهذا المعنى، وان اختلفت عباراتها.

لقد دلت النصوص الفقهية لأنصار هذا الرأي على أن الجهل في المساقاة وما يترتب عليه من بيع الثمر قبل بدو صلاحه مما تجاوز عنه الشارع، إلا أنهم اختلفوا في اعتبارها من باب الاستثناء من بيع المجهول، أو وفق القياس، وذلك كما حصل في المزارعة، فأكثر الحنابلة على أن ذلك تم وفق القياس، وغيرهم ممن أجاز المساقاة اعتبرها استثناء من بيع المجهول، أي الأصل عدم جواز المساقاة للجهل، ولكن استثناء من هذا الأصل جازت المساقاة للضرورة، والحاجة، فما وقع في المزارعة وقع في المساقاة، فمن قال المزارعة استثناء قال المساقاة استثناء، ومن قال بأن المزارعة وفق القياس أعد المساقاة كذلك.

إن عبارات أنصار هذا الرأي تدل على أنهم اتفقوا على أن النتاج جزء من المعقود عليه، سواء من أعد المساقاة استثناء من بيع المجهول، أو من أعدها أصل، ولم تخالف القياس، ودليل ذلك إثارتهم لمسألة اقتضاء المساقاة بيع الثمر قبل بدو صلاحه، ومسألة الإجارة المجهولة، وهذه المسائل لا تثار إلا بالنظر للنتاج، لأن العمل في المساقاة، والشجر لا يتضمن بيع الثمر قبل بدو صلاحه، ولا يتضمن الإجارة المجهولة، ولم تختلف نظرة من أعد المساقاة وفق القياس عمن أعدها استثناء في اعتبار النتاج جزء من المعقود عليه، أما اختلافهم في بعض المسائل التطبيقية كنوع الشجر، وغيره، فمرده الاختلاف في تقدير الضرورة، والحاجة الداعية لإجازة المساقاة، والرجوع إلى الأصل في حالة اندفاع الضرورة[1].

إن الحاجة والضرورة من الأسانيد التي اعتمد عليها أنصار هذا الرأي في إجازة المساقاة، ولهذا لم يقصروا المساقاة على الشجر الوارد في النص، وإنما أجازوا المساقاة في كل شجر منتفع به، ويحتاج للخدمة بطبعه، لأن هذا موضع الضرورة، و الحاجة، وأما ما تفيده بعض النصوص الفقهية من قصر المساقاة على الشجر المثمر، فهو حكاية واقع، لأن المنتفع به

(1) الحجة للشيباني م/138 - 143. المدونة الكبرى لسحنون 566/3وما بعدها. المنتقى في شرح الموطأ للباجي 133/5 - 136. المحلى لابن حزم 289/8 وما بعدها. المقدمات لابن رشد 547/2 وما بعدها. بدائع الصنائع للكاساني 185/6 وما بعدها. المغني لابن قدامة 389/5 وما بعدها. فتاوى السبكي للسبكي 425/1 وما بعدها. إعلام الموقعين لابن القيم 335/1 وما بعدها. المبدع في شرح المقنع لابن مفلح 45/5 وما بعدها. شرح فتح القدير لابن الهمام 479/9 وما بعدها. الميزان الكبرى للشعراني 93/2 الروضة البهية للعاملي وغيره 251/4 مغني المحتاج للشربيني 323/2 وما بعدها. وسائل الشيعة للعاملي193/13 - 194. حاشية الخرشي للخرشي 227/6 وما بعدها. الإيضاح للشماخي 233/6.

زمنهم، ويحتاج للخدمة عادة هو الشجر المثمر فقط، ومعقولية المعنى في المساقاة والارتباط بهذا المعنى نظرة متطورة، وقادرة على مسايرة التطور، وتحقيق معنى المساقاة، ومقاصد الشرع من إجازة هذا العقد، وأكثر مرونة، ويمكن استنادا على هذا المعنى إجازة المساقاة في كل شجر يحتاج للخدمة ومنتفع به، ولو لم يكن مثمرا، فتطور الحياة، وتقدم الصناعة أبرز أهمية أشجار كثيرة غير مثمرة، وأصبح لها دور في الاقتصاد العالمي، بل إن دور بعضها يفوق دور بعض الأشجار المثمرة، كالأشجار المستخدمة في الصناعات الخشبية، والمستخدمة في المستحضرات الطبية، فإجازة المساقاة في هذه الأشجار لا يعني مخالفة لمن حصر المساقاة في الأشجار المثمرة المنتفع بها، بل هو موافقة لمضمون هذا الرأي ومقصده، فالضرورة، والحاجة الداعية لإجازة المساقاة متمكنة في مثل هذه الأشجار أكثر.

القول الثاني:

جواز المساقاة في النخل والعنب، لأن الأصل عدم جوازها للجهل، وأجيزت للضرورة، والحاجة في العنب والنخل، وقصرها على العنب والنخل لورود النص بشأنهما، وحاجتهما للخدمة، ولإمكانية خرصهما، ووجوب الزكاة فيهما، ولأنهما عصب الحياة، في ذلك الوقت، ففسادهما يضر بالاقتصاد زمنهم، لهذا رجحت مصلحة إجازة المساقاة فيهما على مفاسد الجهل الذي يكتنف عقد المساقاة، أما غيرهما من الأشجار، فإن الحاجة إليهما، وحاجتها للخدمة لا تصل إلى مرحلة الضرورة، أو الحاجة الداعية للعفو عن الجهل، ولعدم ورود النص بشأن هذه الأشجار، ولا يجوز قياسها على النخل، والعنب عندهم، إما لاختلاف الضرورة، والحاجة الداعية لإجازة المساقاة في العنب والنخل، أو لاختلاف الحاجة للخدمة، أو لأن الجواز ليس لمعنى، وإنما هو لذات العنب والنخيل، والقول بعدم حاجة الأشجار الأخرى للخدمة، أو لعدم أهميتها كالنخل، فإن أمكن قبوله زمنهم، فيجب إعادة النظر فيه الآن، وذلك لتطور الحياة، واختلاف دور الأشجار في الحياة الاقتصادية، ومشاركة الأشجار الأخرى النخل والعنب في الحياة الاقتصادية، بل إن بعضها يفوق النخيل والعنب في دوره في الاقتصاد، وهو بحاجة للخدمة أشد من النخيل والعنب، لهذا فإن إجازة المساقاة فيها قد يكون أحيانا أولى من إجازتها في النخل والعنب.

والقول بحصر المساقاة في العنب والنخل نقل عن الشافعي في الجديد، وهو المشهور

عند الشافعية، وروي عن أبي داود، كما نقل ابن قدامة رأيا بقصرها على النخل والعنب، ولم يذكر لمن، ولعله قصد بذلك الشافعية[1].

إن قصر المساقاة على العنب والنخل لا يؤيده منطق الاستدلال، ولا أصول أنصار هذا القول في الاستنباط، حيث أنهم أكثر من توسع في استخدام القياس، كما أن خبر معاملة الرسول ﷺ لليهود بشطر شجر خيبر لم يقصر المعاملة في العنب والنخل عند أكثر الروايات، وقد نقلت النص المشهور الذي احتوته أكثر الروايات في القول الأول، كما أن الزكاة وإمكانية الخرص ليستا علة لجواز المساقاة، والإجارة التي رأوا الرجوع إليها لا يندفع بها الجهل، كما سأوضح ذلك عند عرض القول الثالث.

إن إجازة المساقاة في النخل والعنب مبني على أن النتاج جزء من المعقود عليه، لأنه بالنظر إلى العمل والشجر لا تثار مسألة الجهل بالشكل الحالي، فلا تثار مسالة بيع الثمر قبل بدو الصلاح، ولا الإجارة المجهولة، لأن العمل المراد القيام به من سقي، وتنظيف، وتقليم، وغيره معلوم في المساقاة كالعلم في الإجارة، فأنصار هذا الرأي لم يختلفوا عن أنصار الرأي الأول، إلا في تحديد محل المساقاة، فحصر المساقاة في النخل والعنب لا يعني أنهم نفوا كونها استثناء، بل إنهم ضيقوا من حدوده وفقا لتقديرهم لموطن الضرورة، والحاجة الداعية للخروج عن الأصل، أي حتى أنصار هذا القول أعدوا المساقاة استثناء من بيع المجهول وهذا المقصد لا بيان حدود الاستثناء، فهذا يختلف حتى بين أنصار القول الأول.

القول الثالث:

عدم جوز المساقاة للجهالة، وإمكانية دفع الضرورة والحاجة بالإجارة، وهو الأولى، لأن الإجارة متفق على جوازها، والمساقاة مختلف فيها، ولأن الإجارة أصل بيع المنافع، وحاولوا تأول أدلة جواز المساقاة، كمعاملة الرسول ﷺ لليهود، كما أوضحت في المزارعة.،

---

(1) الأم للإمام الشافعي 123 - 124. فتاوى السبكي للسبكي 419/1 - 426. فتح الجواد بشرح الإرشاد- ابن حجر الهيثمي - أبو العباس أحمد شهاب الدين (القاهرة - مطبعة البابي الحلبي وأولاده ط الثانية 1991 م) 581/1 وما بعدها. المغني لابن قدامة392/5 - 393. مغني المحتاج للشربيني 223/2 وما بعدها. حاشية الشرقاوي للشرقاوي 78/2 وما بعدها.

والقول بعدم جواز المساقة في النخل وغيرها رأي أبي حنيفة، ووافقه بعض فقهاء الأحناف، وهو خلاف ما عليه العمل في الفقه الحنفي[1].

إن خدمة الشجر بالنظر إلى النتاج، أي الثمر في الشجر المثمر هو الأصل، وفي غيره حسب وجه الانتفاع، أي الورق أو فروع الشجر لا يخلو من الجهل المانع من الصحة، كما أنه يقتضي بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وعلى شرط الترك، وهذا متفق على عدم صحته في الأصل للجهل، ولا يندفع هذا الجهل بإجازته على سبيل الإجارة، بل إن الجهالة عن طريق الإجارة أشد وأكثر ظلما، والمشاركة في الربح دون الخسارة، وهذه من الأمور المتفق على عدم صحتها في الأصل، وإجازة خدمة الشجر عن طريق الإجارة، كالمضاربة بقدر معلوم، وقد منع أنصار هذا الرأي المضاربة بقدر معلوم، فالقياس يقتضي إجازة المساقاة من باب أولى، لأن المساقاة يترتب عليها المشاركة في الربح والخسارة، هذا بالنظر إلى النتاج، وهو الظاهر من أراء الفقهاء، كما أن خدمة الشجر عن طريق الإجارة لا يعني أنها وفق الأصل، بل تنتهي أيضا إلى بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وبهذا فهي استثناء أيضا من بيع المجهول على رأي الأحناف قولا واحدا، فخدمة الشجر استثناء من بيع المجهول، سواء وقعت عن طريق الإجارة، أو المساقاة، والمراد في هذا البحث هو إثبات أنها استثناء من بيع المجهول وفقا لأراء الفقهاء.

(7) المغارسة.

لقد اتفق الفقهاء على جواز غرس الأرض بمقابل، وهذا المقابل إذا كان جزءا معلوما من الشجر والأرض فهو المغارسة، وإذا كان نقودا، فالعقد إجارة، وبشأن المغارسة اختلف الفقهاء على رأيين:

الرأي الأول:

عدم جواز المغارسة بجزء معلوم من الأرض والشجر للجهالة، لأن الشجر بعد تمام نموه، وإثماره يدفع العامل جزءا منه معلوم لصاحب الأرض مقابل جزء معلوم من الأرض

---

(1) الحجة للشيباني 138/4 - 139. بدائع الصنائع للكاساني 185/6 وما بعدها. تبيين الحقائق للزيلعي 284/5 وما بعدها. شرح فتح القدير لابن الهمام 401/8 وما بعدها. البحر الرائق لابن نجيم 186/8 وما بعدها. الفتاوى الهندية لبادشاه غازي 278/5. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 181/5 وما بعدها.

المغروسة، والأرض والشجر مجهولان، لأن قدر الأرض متوقف على ما ينمو من الشجر، فإذا نمى الشجر كله، فالعامل يستحق نصف الأرض المعروف، والمتعاقد عليها، وإذا نمى نصف الشجر مثلا، فالعامل يستحق نصف النصف فقط، وهكذا، فالأمر كله متوقف على ما ينمو من الشجر، وهذا مجهول، فالجهل يكتنف العوضين على هذا التقدير، والحاجة والضرورة يمكن دفعها بالإجارة، واستند أنصار هذا الرأي على نفس أدلة عدم جواز المزارعة والمساقاة، وهذا يدل على أنهم اعتبروا أن النتاج جزء من المعقود عليه، وإلا لما أثيرت مسألة الإجارة المجهولة، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه، وهذه لا تثار إلا بالنظر لنتاج العمل والأرض، والقول بعدم جواز المزارعة، هو قول أبي حنيفة، والمشهور عند الشافعية، أي كل من منع المزارعة، والمساقاة منع المغارسة لنفس المعنى[1]، ويرد على هذا القول ما ورد على قولهم بعدم جواز المزارعة والمساقاة، فالإجارة لا تندفع بها الجهالة المثارة، بل إن غرس الشجر عن طريق المغارسة أقرب للعدالة من غرس الشجر عن طريق الإجارة، كما أن في الإجارة مشاركة في الربح فقط، أي طرف رابح لا محالة، وطرف داخل على المغنم والمغرم، وهذا سبب منعهم للمضاربة بقدر معلوم، لأنها تعود للمشاركة في الربح فقط.

إن القول بعدم صحة غرس الأرض بجزء معلوم من الشجر والأرض، وصحة غرسها بالنقود لا يندفع به الجهل، ويترتب عليه ما يترتب على المغارسة من بيع الثمر قبل أن يخلق، وبالتالي، فإن إجازته إجارة يعد استثناء أيضا من عدم جواز بيع المجهول، فهم وافقوا من قال بجواز المغارسة في الاستثناء، وإن خالفوهم في العقد الذي يحكمها، والمراد هنا إثبات أن غرس الأرض استثناء من بيع المجهول، سواء تم ذلك بالنقود، أو بجزء من الخارج، كان العقد إجارة، أو مغارسة.

الرأي الثاني:

جواز المغارسة بجزء معلوم من الأرض للعامل بعد تمام نمو الشجر، وإثماره، وذلك مقابل جزء معلوم من الشجر لرب الأرض بعد تمام نمو الشجر، وإثماره، أما إن أصابت

(1) الحجة للشيباني 138/2 - 143. الأم للإمام الشافعي 128/8. بدائع الصنائع للكاساني 175/6 وما بعدها. تبيين الحقائق للزيلعي 278/5 وما بعدها. فتاوى السبكي للسبكي 391/1 وما بعدها. مغني المحتاج للشربيني 323/2 وما بعدها. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 174/5 وما بعدها.

الشجر آفة، فلا شيء للعامل، أي أن نصف الشجر مقابل نصف الأرض، وبالعكس، وأدلة جواز المغارسة هي أدلة جواز المزارعة والمساقاة، وقال بجواز المغارسة من قال بجواز المزارعة، والمساقاة، وهم المالكية، والحنابلة، وغير المشهور عند الشافعية، وما عليه العمل عند الأحناف، والظاهرية، وقد وقع خلاف بين أنصار هذا الرأي في اعتبارها استثناء، أو جاءت وفق القياس، وهو نفس الخلاف الواقع في المزارعة، والمساقاة، على اعتبار أن المغارسة يترتب عليها نفس ما يترتب على المزارعة من الإجارة المجهولة، وهذا لا يتصور إلا بالنظر للنتاج كجزء من المعقود عليه[1]، وبالنظر إلى النتاج لا يمكن تجاهل الجهل، ولا اقتضاء المغارسة للإجارة المجهولة، فقدر الأرض والشجر مجهول، وكذلك الأوصاف، كما أن المعقود عليه معدوم وقت التعاقد، ونظرا لاتفاق المغارسة مع المزارعة فيما يتعلق بالجهل، فما قيل هناك يرجع إليه، أي أنها خروج عن الأصل وفقا للرأيين بالنظر إلى النتاج.

(8) الجعالة.

لقد اتفق جمهور الفقهاء من حيث الإطلاق على الجعالة، خلافا للأحناف، وقد اختلفت تعريفات من أجاز[2] الجعالة من حيث الإطلاق، تبعا لاختلافهم في حدودها، حسب تقديرهم للضرورة، والحاجة الداعية لإجازة هذا العقد.

---

(1) المحلى لابن حزم 210/8. بدائع الصنائع للكاساني 175/6 وما بعدها. الدخير للقرافي 138/6 وما بعدها. القوانين الفقهية لابن جزي ص 285 وما بعدها. إعلام الموقعين لابن القيم 347/1 - 350. فتاوى السبكي للسبكي 391/1 وما بعدها. منتهى الإرادات للنجار 471/1 وما بعدها. حاشية الخرشي للخرشي 235/6 وما بعدها.

(2) فالجعالة عند المالكية، يجمعها قول الخرشي، (ما يجعل على العمل وهو رخصة... وهو أن يجعل الرجل للرجل أجرا معلوما، ولا ينقذه إياه على أن يعمل له في زمن معلوم، أو مجهول، مما فيه منفعة للجاعل، على إنه إن كمله كان له الجعل، وإن لم يتمه، فلا شيئ له، مما لامنفعة فيه للجاعل إلا بتمامه). حاشية الخرشي للخرشي 59/7 وما بعدها. أما الحعالة عند الشافعية فيجمعها عبارة الشربيني (يجوز عقد الجعالة، وهو أن يبدل الجعل لمن عمل له عملا، من رد ضالة، ورد أبق، وبناء حائط... وهي تصح في المجهول باتفاق، واختلفوا في المعلوم، والأصح جوازها، ويرى من منعها أنها استثناء، وفي حالة العلم تعود إلى الأصل، وهي الإجارة.) مغني المحتاج للشربيني 2/ 429 - 430. أما عند الحنابلة فقد أوضحها البهوتي بقوله: (جعل شيئ معلوم كأجرة، لا من مال المحارب، لمن يعمل للجاعل عملا مباحا، ولو كان العمل مجهولا، أو مدة ولو مجهولة، فلا يشترط العلم بالعمل، ولا بالمدة، ويجوز الجمع بينهما.) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي 202/4 وما بعدها.

إن الخلاف في الجعالة من حيث المبدأ يكاد ينحصر في الجانب النظري، أما الجانب التطبيقي فالأمر يختلف، فلو رجعنا إلى أحكام الاستصناع في الفقه الحنفي، وهم أكثر من ضيق في الجعالة، نجدها لا تختلف في الأحكام عن أحكام الجعالة عند الفقهاء، ودون دخول في التفاصيل، فإن ما يهمنا في هذه الفقرة، أن تطبيقات الفقهاء تدل على اتفاقهم على جواز الجعالة من حيث المضمون، والاختلاف وقع في الإطلاق فقط، أو في حدودها، فالأحناف مثلا أنكروا الجعالة من حيث الإطلاق، إلا أنهم ضمنوا عقدي الاستصناع والإجارة أكثر صور الجعالة عند المالكية، والحنابلة، وهم أكثر من توسع في الجعالة، وطبقوا على صور الإجارة التي في معنى الإجارة أحكام الجعالة، ومن أهمها عدم استحقاق العامل شيئا إلا بتمام العمل، واختلافهم في بعض الأحكام التفصيلية لا يؤثر في الخروج عن الأصل، والتجاوز عن الجهل هذا من ناحية، بالإضافة إلى أن من طبق أحكام الإجارة على صور الجعالة لا يخرجها من كونها استثناء، لأن من أنكر الجعالة طبق على صور الجعالة عند الفقهاء أحكام الإجارة، أو الاستصناع، وكلاهما استثناء من بيع المجهول، كما سبق وأن أوضحت، فالجعالة من الاستثناءات الواردة على بيع المجهول عند الجمهور غير الحنابلة، وذلك تمشيا مع المبدأ الذي ساروا عليه في العقود السابقة، وهو أن جميع هذه العقود وفق القياس، وتضمن هذه العقود للجهل المخل بالصحة بحسب الأصل لا يعني أنها استثناء، وقد استدل من أجاز الجعالة من الفقهاء بالكتاب والسنة، فمن الكتاب قوله تعالى: (**قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**)[1]، ومن السنة ما رواه البخاري عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال: (انطلق نفر من أصحاب رسول اللـه ﷺ في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من العرب، فاستضافوهم، فأبوا أن يضييفوهم، فلدغ سيد ذلك الحي، فسعوا له بكل شيء، لا ينفعه شيء، فقال بعضهم لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعله أن يكون عند بعضهم شيء، فأتوهم، فقالوا أيها الرهط إن سيدنا لدغ، وسعينا له بكل شيء لا ينفعه، فهل عند أحد منكم شيء، فقال بعضهم نعم و اللـه لأرقي، ولكن و اللـه لقد استضفناكم، فلم تضييفونا، فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلا، فصالحوهم على قطيع من الغنم، فانطلق يتفل عليه، ويقرأ الحمد لله رب العالمين، فكأنما نشط من عقال، فانطلق يمشي وما به مكبة، قال فأتوهم جعلهم الذي

(1) الأية 72 من سورة يوسف.

صالحوهم عليه، فقال بعضهم اقسموا، فقال الذي رقى لا تفعلوا حتى نأت رسول اللـه، فنذكر له الذي كان، فننظر ما يأمرنا به، فقدموا على رسول اللـه ﷺ، فذكروا له ذلك، فقال: وما يدريك أنها رقية، ثم قال: فقد أصبتم، اقسموا. واضربوا لي معكم سهما، فضحك النبي ﷺ) [1].

بالإضافة إلى الأدلة النقلية من الكتاب والسنة، استدل من أجاز الجعالة بالضرورة، والحاجة الداعية لإجازة الجعالة، والقول باندفاع الجهالة بالإجارة محل نظر، إذ يترتب على الإجارة جهالة أشد من جهالة الجعالة، كما هو الحال في المغارسة، والمزارعة والمساقاة، حيث أن العوض في الجعالة قد يحصل، وقد لا يحصل، أما الأجر فهو محقق، وفي حالة عدم حصول العوض يكون الأجر بدون مقابل، وهذا على اعتبار أن نتيجة العمل وثمرته جزء من المعقود عليه، أو هي المنفعة التي وقع عليها العقد، وهذا ما دلت عليه أراء الفقهاء، لأن مسألة الإجارة المجهولة لا تثار في الجعالة إلا بالنظر إلى نتيجة العمل، ونتيجة العمل هي التي اعتمد عليها من أجاز الجعالة في القول بأنها استثناء من الإجارة المجهولة، واعتمد عليها من منع الجعالة على عدم جوازها، وبوجوب الرجوع للإجارة، وسأناقش دخول النتيجة في المعقود عليه في الباب الثاني، وعند توجيه أراء الفقهاء، ومناقشتها في اعتبار هذه العقود استثناء من بيع المجهول[2].

هذه أهم العقود التي اعتبرها جمهور الفقهاء من الاستثناءات الواردة على بيع المجهول، وجميع هذه الاستثناءات كانت الضرورة، والحاجة من الأهم الأسباب الداعية لإجازة هذه العقود مع احتوائها على الجهل، وجميع صور هذه الاستثناءات اتفق الفقهاء على أن الجهل

(1) صحيح البخاري للبخاري كتاب الإجارة – باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب 53/3.

(2) راجع كتاب الإجارة في مصادر الفقه الإسلامي، وكذلك باب الاستصناع في مصادر الفقه الحنفي، وقد سبقت الإشارة إليها انظر ص51 وما بعدها من هذا البحث، أما على أساس الجعالة انظر مثلا: المدونة لسحنون 467/3 وما بعده.. المقدمات لابن رشد 175/2 وما بعدها. الدخيرة للقرافي 5/6 وما بعدها. مواهب الجليل للحطاب 452/5 وما بعدها. الإقناع للجحاوي 294/2. منتهى الإرادات لابن النجار 550/1 وما بعدها. مغني المحتاج للشربيني 429/2 وما بعدها. حواشي المحتاج للشرواني وغيره 363/6 وما بعدها. كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي 202/4 وما بعدها. التجريد لنفع العبيد للبيجرمي 238/3 وما بعدها. حاشية الدسوقي لابن عرفة 60/4 وما بعدها.

الذي تحتويه من الجهل المعفو عنه، والذي يعد بحسب الأصل من الجهل المانع من الصحة، خلافا للمشهور في الفقه الحنبلي، حيث أعدوا العفو عن هذا الجهل لم يأت بخلاف القياس، وإنما فرضه طبيعة العقد، والخلاف بين الجمهور ليس في اعتبار أي صورة من هذه العقود استثناء من بيع المجهول، وإنما الخلاف في العقد الذي يحكم هذه المعاملة، وجميع العقود التي تدخل تحتها هذه الصور أعدها الجمهور غير الحنابلة استثناء من بيع المجهول، وبهذا فإن العفو عن الجهل الذي تتضمنه هذه العقود محل اتفاق عند جمهور الفقهاء، إلا أن الراجح عند الحنابلة أن التجاوز عن الجهل ليس على سبيل الاستثناء، وإنما هو وفق القياس، والمهم أن الجهل الذي تتضمنه هذه العقود مانع من الصحة بحسب الأصل، وذلك وفقا لمعايير الجهل التي اعتمد عليها الفقهاء في التفرقة بين قسمي الجهل، وبهذا أكون قد انتهيت من هذا الفصل وهو معايير تحديد الجهل والاستثناءات الواردة عليه.

الباب الثاني

ضابط تحديد الجهل
وتطبيقه على الاستثناءات

يحتوي هذا الباب على:

- **الفصل الأول: ضابط تحديد الجهل وأثر استخدامه**
- **الفصل الثاني: تطبيق ضابط الجهل على الاستثناءات**

الفصل الأول

ضابط تحديد الجهل وأثر استخدامه

تناولت في الباب الأول من هذا البحث دراسة، وتحليل أراء الفقهاء في الجهل المانع من صحة البيوع، والتفرقة بين الجهل المانع من الصحة، والجهل المعفو عنه، وقد تبين من خلال الدراسة، والتحليل عدم انضباط المعايير التي اعتمد عليها الفقهاء في التفرقة بين الجهل المانع من الصحة، والجهل المعفو عنه، كما ناقشت البيوع التي أعدها الفقهاء استثناء من بيع المجهول، وسأحاول في هذا الفصل وضع ضابط منضبط لتحديد الجهل المخل بشرط الصحة من خلال فتاوى الفقهاء، ومضمون آرائهم، والمقاصد والحِكَم التي اعتمد عليها الفقهاء في بيان أحكام بيع المجهول، وذلك في مبحث أول، أما المبحث الثاني من هذا الفصل، فموضوعه أثر استخدام هذا الضابط على تحديد الجهل.

المبحث الأول

ضابط تحديد الجهـل

لقد اتفق أكثر المفسرين على دخول بيع المجهول في أكل أموال الناس بالباطل لاختلال الرضى المشترط لإخراج التجارة من باب أكل أموال الناس بالباطل، إذ يقول اللـه تعالى: (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللـه كَانَ بِكُمْ رَحِيماً**)[1]، كما بين الفقهاء أن الحكمة من منع بيع المجهول، هي ما يتضمنه من مقامرة، ومخاطرة، وجعلوا الإفضاء للمنازعة علة النهي عن الجهل، وهي أهم معايير التفرقة بين الجهل المانع من الصحة، والجهل المعفو عنه، بل إن كل المعايير تبنى عليها، كما قد أوضحت، ولهذا سيكون الإفضاء للمنازعة، هو المعنى الذي نعتمد عليه في وضع ضابط تحديد الجهل، إضافة إلى تطبيقات الفقهاء، وذلك من خلال تطبيق الضابط الذي نضعه لتحديد الجهل على نماذج من تطبيقات الفقهاء، وذلك لمعرفة مدى تطابقه مع أراء الفقهاء.

وضع ضابط تحديد الجهل.

إن الجهل لا يخل بشرط العلم إلا إذا ترتب عليه أحد أمرين هما:

1- عدم ارتباط الرضى بكل العناصر، والأوصاف المعتبرة عادة، وهذه العناصر، والأوصاف هي التي تختلف بسببها الأغراض، ويقوم على أساسها المبيع عادة، فالرضى لا يتحقق إلا إذا تحددت معالم، وحدود ما وقع عليه العقد، والعناصر الأساسية، والأوصاف المعتبرة هي التي تحدد المعالم والحدود، وبصرف النظر عن الوسيلة، أي سواء كان ذلك بالرؤية، أو بالوصف، لأنهما وسائل تحقيق العلم، ولا ينظر إلى الوسيلة إلا بقدر تحقيقها للمعنى السابق، لأن الوسائل هنا غير مرادة لذاتها، وما يدل ظاهره على ربط الفقهاء انتفاء الجهل بمجرد الرؤية من حيث المبدأ حكاية واقع، حيث أن أكثر المبيعات المتداولة زمنهم تحدد عناصرها،

(1) الأية 29 من سورة النساء.

وأوصافها عادة بمجرد الرؤية، وتطبيقات الفقهاء تدل على عدم اعتبار الرؤية في هذه المسالة إلا بقدر تحقيقها للعلم، كما أن التطور العلمي أظهر عجز الرؤية عن تحقيق العلم الواجب تحققه لصحة البيوع بمجرد الرؤية في كثير من المبيعات، وأبين أوجه الاستدلال بتطبيقات الفقهاء.

أراء الفقهاء وتطبيقاتهم، وأوجه الاستدلال بها.

أ-لقد اتفق الفقهاء على بطلان كل بيع إذا حضر المعقود عليه، وتحققت الرؤية، إلا أن أحد عناصره الأساسية، أو أوصافه المعتبرة مجهولة، ومن أمثلة ذلك بيع الملامسة، وبيع الحصاة، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه، وهذا دليل على أن الرؤية مرادة لتحقق العلم بالعناصر، والأوصاف، وغير مرادة لذاتها، ففي بيع الملامسة لم تحقق الرؤية العلم بالأوصاف المعتبرة، وفي بيع الحصاة الرؤية لم تحقق العلم بالقدر، وفي بيع الثمر قبل بدو صلاحه لم تحقق الرؤية العلم بالأوصاف المعتبرة والقدر، ولهذا جعل الفقهاء الرضى هنا كالعدم.

ب- اتفق الجمهور خلافا للمشهور عند الشافعية على صحة بيع الغائب على الصفة، فغياب المبيع هنا لم يمنع من الصحة.

ج- اتفق الفقهاء على جواز بيع الموصوف في الذمة، وثبوته في الذمة يعني تحديده، لأن المجهول لا يثبت في الذمة، فعدم رؤية المعقود عليه وقت العقد لم تمنع من الصحة[1].

---

(1) إن تطبيقات الفقهاءتدل على أن ربطهم لصحة العقد بالرؤية حكاية واقع، فالشافعية الذين قالوا بعدم جواز بيع الغائب على الصفة لعدم الرؤية قسموا البيع الجائز إلى ثلاثة أنواع، منها بيع موصوف في الذمة، كما أنهم أجازوا صرف الوديعة المضمونة، وما في حكمها، إذا كانت غائبة عن مجلس العقد، ووافقوا الجمهور في عدم صحة بيع الملامسة والمنابذة وما في حكمها، من البيوع التي لم تحقق فيها الرؤية العلم، وكي لانطيل في هذا المقام، فإن تطبيقاتهم تدل على أن الرؤية غير مقصودة لذاتها، وإنما تراد لمعنى، و ينظر إليها من خلال هذا المعنى، وما ذكروه من أراء يدل ظاهرها على أن الرؤية مرادة لذاتها فيمكن توجيهه، وحتى في حالة عدم قبول توجيهه، فلا نرجح ما ذهبوا إليه، لنقضه بتطبيقاتهم، وعليه فإن القول بأن الرؤية غير مقصودة لذاتها، وإنما ينظر إليها من خلال تحقيقها للعلم دلت عليه تطبيقات الفقهاء عموما، وقد تضمنت جميع مصادر الفقه الإسلامي التطبيقات الدالة على ما نقول، واكتفيت بالنماذج التي ذكرتها تحاشيا للإطالة، ولكفايتها في الدلالة على المراد، ولمن أراد الاستزادة مراجعة المسألة في مظانها، انظر مثلا: الأم للإمام الشافعي 28/3. المدونة لسحنون 3/ 355، 428 وما بعدها. المحلى لابن حزم 338/8 – 340. المغني لابن قدامة 154/4. المجموع للنووي 9/ 287. شرح فتح القدير لابن الهمام 6 / 259 وما بعدها، 273، 335 وما بعدها. الإقناع للشربيني 2/2-3. وسائل الشيعة للعاملي 12/ 361. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 4/ 364. الغرر وأثره في العقود للضرير ص 396 – 426.

د- لقد أظهر تطور المبيعات المتداولة هذا العصر قصور الرؤية في كثير منها عن تحديد المعقود عليه بمعرفة عناصره، وأوصافه، فمثلا المبيعات التي تعتمد صناعتها على التقنية الحديثة لا تحدد أوصافها المعتبرة عادة بمجرد الرؤية، فمثلا الأجهزة المرئية والكهربائية، وأجهزة الحاسب الآلي لا يحدد مظهرها الخارجي الشركة المصنعة عادة، والتقنية الحديثة دخلت حتى معدات الاستخدام اليومي، كمعدات الطهي مثلا، فمجرد الرؤية لا ينفي الجهل بالضرورة، ولا تربط الرؤية الرضى بعناصر، وأوصاف المعقود عليه.

إن الرؤية تظهر الإنسان على المظهر الخارجي للمعقود عليه، والمظهر الخارجي للأصلي، والمقلد من السلع السابقة لا يختلف عن الأصلي في بعض الأحيان، بل إننا كثيرا ما نجد التطابق الكامل في الشكل الخارجي، ولا يمكن تمييز المقلد من الأصلي إلا المتخصص، وفارق السعر كبير جدا بين الصنفين، يصل أحيانا إلى أضعاف مضاعفة، وارتفاع السعر نتيجة الاختلاف الكبير في الكفاءة، فمعرفة بلد الصنع أو الشركة المصنعة هي التي يتحدد على أساسها السعر عادة، وتتحدد الرغبة في إبرام العقد، فالعقد مع عدم معرفة بلد الصنع في مثل هذه المبيعات يؤدي إلى الجهل المفضي للمنازعة في حالة الاختلاف، إذ من صالح البائع تقديم المقلد، ومن صالح المشتري أخذ الأصلي، كما أن التقييم مع الجهل ببلد الصنع، أو الشركة المصنعة لا يخلو من المخاطرة، والمقامرة عادة، لأن المشتري لن يدفع ثمن الأصلي إلا إذا تأكد من ذلك، والبائع لن يقبل بسعر المقلد إلا إذا تأكد من ذلك، ولكن يقبل المشتري بأكثر من سعر المقلد، وأقل من سعر الأصلي على أمل أن يكون أصليا، فيربح فارق السعر، والبائع عكسه، فإذا تبين أن السلعة أصلية ربح المشتري فارق السعر، وإذا كان العكس ربح البائع فارق السعر، وفارق السعر من باب أكل أموال الناس بالباطل، لأنه عوض خال من مقابل، وهو لا يختلف عن بيع الملامسة، وبيع الحصاة، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه في قيامه على المخاطرة والمقامرة.

-2 عدم صلاحية المبيع لاشغال الذمة، فالذمة لا تنشغل إلا بما تحددت عناصره، وأوصافه، كان المبيع قيميا أو مثليا، فأول المراحل استحضار المعقود عليه في الذهن، وتحديد ما يحققه من أغراض، وتقييمه، وتقدير الرغبة به من عدمها، ثم ارتباط الرضى به، والالتزام بما يترتب على ذلك من أثار، فإذا جهلت عناصره، وأوصافه، فإن الذهن لا يمكن أن يستحضره، وما لا يستحضره الذهن لا يمكن أن تنشغل به الذمة، وما لا يصلح لاشغال الذمة لعدم استحضاره

في الذهن لا يمكن أن يرتبط به الرضى، كما أن تقييمه لا يتم إلا بناء على المخاطرة، والمجازفة، إضافة إلى أنه يؤدي للمنازعة، لأن صورة المعقود عليه لم تحدد مثلا، ولا قيمة، بحيث يمكن الرجوع إليها عند الاختلاف، وهذه هي معاني النهي عن الجهل، وحكم منعه من صحة البيوع، أي أن العلم بالمبيع لا يتحقق إلا إذا علم المتعاقدان بالمعقود عليه، وحددا عناصره، وأوصافه أثناء العقد، و بصرف النظر عن الحالة التي عليها المعقود عليه في واقع الأمر، ولو كانت مخالفة لما تم عليه الاتفاق.

إن ارتباط الرضى بالمعقود عليه، وصلاحية المعقود عليه لاشغال الذمة يمثلان ضابط تحديد الجهل المنهي عنه، فإذا لم يرتبط الرضى بالمعقود عليه، ولم تنشغل به الذمة، فالجهل منهي عنه، مانع من الصحة، أما إذا ارتبط الرضى بالمعقود عليه، وانشغلت به الذمة، فالجهل معفو عنه، فانتفاء الأمرين انتفاء للجهل، وتحقق للعلم.

لقد اعتمدت في وضع هذا الضابط لتحديد الجهل على الحِكَم والمقاصد التي ذكرها الفقهاء لمنع بيع المجهول، وعلى تطبيقات الفقهاء، حيث تتبعت تطبيقات الفقهاء، وذلك من خلال الأمثلة التي ذكرها الفقهاء لبيع المجهول، عند تفصيلهم لبيع المجهول وأحكامه وأثاره، وطبقت هذا الضابط على جل هذه الأمثلة، فكانت النتيجة موافقة تماما لأحكام الفقهاء في المسائل المتفق على أن الجهل بها معفو عنه، وكذلك المسائل المتفق على أن الجهل بها منهي عنه، أما المسائل المختلف فيها فيمكن الترجيح اعتمادا على هذا الضابط، بخلاف الحال في الترجيح بناء على المعايير السابقة، والتي ذكرها الفقهاء حيث أن الترجيح يعتمد أساسا على تقدير الفقهاء لا على المعيار، كما سبق وأن أوضحت، أما عن ارتباط هذا الضابط بمعاني وحكم النهي عن بيع المجهول، فإنه يدور معها وجودا وعدما، فحيث وجدت المنازعة، والمخاطرة، والمقامرة ترتب على تطبيق هذا الضابط البطلان، وحيث انتفت هذه المعاني ترتب على تطبيق هذا الضابط الصحة لانتفاء الجهل، كما أن هذا الضابط قادر على مسايرة التطور لمرونته، وموضوعيته.

تطبيق ضابط الجهل على المسائل العملية.

أتولى في هذه الفقرة تطبيق هذا الضابط على نماذج من المسائل التي اتفق الفقهاء على أن الجهل الذي يكتنفها منهي عنه، ونماذج من التي اتفقوا على أن الجهل الذي يكتنفها معفو عنه،

وأبين كيف يمكن الاعتماد على هذا الضابط في الترجيح في المسائل الخلافية، بخلاف الحال في المعايير السابقة.

أولا: نماذج من البيوع التي اتفق الفقهاء على أن الجهل بها منهي عنه.

لقد اتفق الفقهاء على أن الجهل في بيع الملامسة، والمنابذة منهي عنه، وكذلك الأمر في بيع الحصاة، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه، وقبل الانتفاع به بوجه من الوجوه، وبيع حبل الحبلة، وذلك وفقا لجميع المعايير التي ذكرها الفقهاء للتفرقة بين الجهل المنهي عنه، والجهل المعفو عنه، وقد أوضحت ذلك في الباب الأول من هذا البحث[1].

إن تطبيق ضابط الجهل يقضي بأن الجهل في هذه البيوع من الجهل المنهي عنه، ونوضح ذلك في كل بيع تباعا.

1- بيع الملامسة.

إن المعقود عليه في بيع الملامسة لم تحدد عناصره، ولا أوصافه، ولا يمكن أن يصلح لشغل الذمة، ولم يستحضر المتعاقدان صورة المعقود عليه أثناء التعاقد، ولا توجد له صورة محددة يمكن الرجوع إليه عند الاختلاف لمنع المنازعة، وبالتالي فهو من الجهل المنهي عنه.

2- بيع الحصاة.

إن المبيع في بيع الحصاة لا يتحدد قدره إلا بعد تمام العقد، فصورة المعقود عليه غير مستحضرة بجميع عناصرها، وأوصافها، ولا توجد له صورة محددة المعالم، ومعلومة تم التعاقد عليها، وتصلح لشغل الذمة، وهذا لا يختلف كثيرا عن بيع الملامسة، وله نفس حكم الجهل في بيع الملامسة.

3- بيع حبل الحبلة.

إن المعقود عليه في بيع حبل الحبلة لا يمكن أن تحدد عناصره، ولا جميع الأوصاف وقت

---

(1) لقد قمنا بتعريف هذه العقود وبيان أحكامها عند الفقها، والأدلة التي استندوا عليها، ومعنى النهي فيها، ولهذا اكتفينا بذكرها، والإشارة إلى حكمها بشكل مجمل، اكتفاء بالعرض السابق راجع ص25- 27 ومابعدها من هذا البحث.

التعاقد، كما أن المعقود عليه لا يصلح لشغل الذمة لعدم استحضار صورته في الذهن، فلا يمكن تحديدها إلا بعد ميلاده، وهذا بعد انعقاد العقد، فوقت العقد مجهول، والجهل هنا غير معفو عنه.

4- بيع الثمر قبل بدو صلاحه.

إن المعقود عليه في بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وبشرط الترك عادة، هو الثمر بعد بدو صلاحه، وهذه الحالة للمعقود عليه أثناء العقد مجهولة، لعدم معرفة جميع العناصر، والأوصاف إلا بعد نضجه، وبلوغه مبلغ الانتفاع المعتاد، فالأوصاف التي سيكون عليها الثمر بعد النضج، وكمية ما ينضج منه، وما تصيبه العاهة مجهولة أثناء التعاقد، ولا يوجد قدر، ولا أوصاف للمعقود عليه تنشغل بها الذمة، فالمعقود عليه لا يصلح لشغل الذمة هنا، ولا يرتبط به الرضى.

إن التحليل السابق يوضح أن تطبيق ضابط الجهل على المسائل السابقة أوصل إلى نفس أحكام الفقهاء لهذه البيوع، حيث أن الجهل في هذه البيوع مخل بشرط الصحة، وفقا لضابط تحديد الجهل، كما هو مانع من الصحة وفقا لأراء الفقهاء.

هذه نماذج من البيوع التي اتفق الفقهاء على أن الجهل الذي يكتنفها منهي عنه، ومانع من تحقق شرط العلم، وقد طبقت هذا الضابط على كل البيوع التي في معناها، وكانت النتيجة واحدة، ولهذا اكتفيت بهذا القدر من النماذج لكفايتها.

ثانيا: نماذج من البيوع التي اتفق الفقهاء على أن الجهل بها معفو عنه.

أذكر في هذه الفقرة على سبيل المثال لا الحصر نماذج من البيوع التي اتفق الفقهاء على أن الجهل الذي تحويه معفو عنه، وأطبق عليها ضابط الجهل، فمن هذه البيوع بيع الجبة المحشوة دون رؤية الحشو الداخلي، وبيع الدار دون رؤية أساسها من الداخل، وبيع الجوز، واللوز في قشره الداخلي، دون كسره[1].

(1) لقد أوضحت في الباب الأول اتفاق الفقهاء على صحة هذه البيوع، وما في معناها، وأساس إجازة هذه البيوع انظر ص4950 من هذا البحث.

-1 بيع الجبة المحشوة دون رؤية الحشو الداخلي.

لقد اتفق الفقهاء على صحة هذا البيع، وأن الجهل نتيجة عدم رؤية الحشو الداخلي، ومشاهدته لا يخل بشرط العلم.

إن عناصر الجبة المحشوة، وأوصافها، التي تحدد الرغبة، والأسعار، وتحقق الرضى، تظهر عادة بمجرد المعاينة الخارجية، وهذا ليس من باب بيع المجهول، ولهذا فإن المعقود عليه هنا يصلح لشغل الذمة، والعناصر، والأوصاف لا تتوقف على رؤية ما بداخل الجبة، وإن كان للحشو اعتبار خاص يمكن اشتراطه، وهذا لا يعد مخالفة لرأي الجمهور، بل هو اختلاف الواقعة، ترتب عليه اختلاف الحكم، وما ذكر في شأن الجبة، كان وفقا لطبيعة المعاملة زمنهم.

-2 بيع الدار دون رؤية الأساس الداخلي.

لقد اتفق الفقهاء على أن الجهل نتيجة عدم رؤية الأساس الداخلي من الجهل المعفو عنه.

إن بيع الدار مع وصف الأساس ومكوناته، والمدة الزمنية لبنائه يحقق عادة العلم بجميع العناصر، والأوصاف، فمعرفة سمك الحائط، ومكوناته، وحجم قواعده، ومدة بنائه كافية لمعرفة وصف الأساس الداخلي للدار، و بما يحقق الغرض منه، كمعرفة قدرة تحمل الأساس، وإمكانية البناء فوق الأساس، وعدد الطوابق التي يمكن بناءها فوق هذا الأساس، وفقا للأوصاف المذكورة، وإذا تبين بعد ذلك الغش في الأساس، فيطبق عليه أحكام الجهل بما عليه المعقود عليه، وهذا لا يدخل في الجهل المخل بشرط الصحة، كما أن وصف الأساس يحدد المبيع عادة ويجعله مستحضرا في الذهن، والتقييم تم بناء على العناصر المذكورة، والرضى حققه العلم بالعناصر، والأوصاف التي حددها الوصف، وعلى أساسه قوم المعقود عليه، وتحددت الصورة التي صلحت لشغل الذمة، وأمكن الرجوع إليها عند الاختلاف، وبهذا تنقطع المنازعة.

-3 بيع الجوز واللوز وما في معناه في قشره الداخلي.

إن الجوز واللوز وما في معناه لا يمكن رؤية الثمرة إلا بكسر القشرة الداخلية، وقد اتفق الفقهاء على صحة البيع في القشرة الداخلية، واعتبر الجهل نتيجة عدم رؤية الثمرة الداخلية لا يخل بشرط العلم.

إن العناصر، والأوصاف توضحها القشرة الداخلية عادة في مثل هذه المبيعات، فهي كالمرآة للثمرة الداخلية وأوصافها، فصورة المعقود عليه، وأوصافه، وعناصره والتي يقوم على أساسها المبيع، ويتوقف عليها الرضى والقبول من عدمه تتم بمجرد رؤية القشرة الداخلية عادة، وبالتالي فإن المعقود عليه يصلح لشغل الذمة، وعناصره، وأوصافه المقصودة عادة معلومة لدى المتعاقدين، كما أن صورته مستحضرة في الذهن، وتصورها طرفا العقد، وهي التي يرجع إليها عند الاختلاف، أما إذا أظهرت القشرة الخارجية المعقود عليه بخلاف ما عليه في الواقع، باستخدام مواد كيماوية، فنطبق عليها أحكام تعيب المبيع، وهذا لا يحصل فيما خفي تحت قشره، بل يقع حتى فيما ظهر كالطماطم والبطيخ، حيث تضاف له مواد كيماوية، فيظهر أنه قد بدا صلاحه، وهو في الواقع لم يبد صلاحه، ولا يعرف ذلك إلا بالتذوق، وهذا من باب الغش، والخداع، وله أحكام غير أحكام بيع المجهول.

هذه نماذج من البيوع التي اتفق الفقهاء على صحتها، وأن ما تحويه من جهل لا يخل بشرط العلم، وتطبيق ضابط الجهل على هذه البيوع يوصل إلى نفس الحكم، وقد طبقت ضابط الجهل على كل البيوع التي ذكرها الفقهاء، واتفقوا على صحتها، لأن الجهل معفو عنه، فكانت النتيجة واحدة، وهي الاتفاق مع أحكام الفقهاء في هذه البيوع.

ثالثا: نماذج من البيوع المختلف فيها.

إذا كان من السهل تقدير الجهل في المسائل السابقة، لوضوح علة النهي في المجموعة الأولى، وانتفائها في المجموعة الثانية، إضافة إلى وجود نصوص من السنة على بعضها، فإن هناك بيوع ليس من السهل تقدير الجهل، والحكم على أنه مخل بشرط العلم، أم لا وفقا لمعايير الفقهاء في تحديد الجهل المخل بالعلم، وأتولى في هذه الفقرة عرض نماذج من هذه البيوع، وتطبيق ضابط الجهل عليها، وأوضح كيف يمكن الاعتماد على هذا الضابط في تحديد الجهل، بخلاف الحال في المعايير السابقة، ومن هذه البيوع مثلا، بيع ما المقصود منه مستور كالبصل، والفجل، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه وبدون شرط، وبيع اللبن في الضرع، وبيع ما جهلت جملته، وعلم تفصيله[1].

(1) لقد سبق عرض وتحليل ودراسة أراء الفقهاء في هذه البيوع في الباب الأول راجع ص52 -79من هذا البحث.

يبدوا بالنظر لأول وهلة لأراء الفقهاء أن تطبيق ضابط الجهل على هذه البيوع، وما في معناها لا يوافق أراء الجميع بالطبع، وذلك لاختلافهم في أحكام هذه البيوع، إلا أنه يمكن توجيه هذا الاختلاف في كثير من الحالات، وفي حالة عدم قبول هذا التوجيه، فإن الراجح حسب وجهة نظري ما اتفق مع حكم المسألة وفقا لضابط الجهل.

بيع ما المقصود منه مستور كالبصل والفجل وما في معناهما.

إن لبيع ما المقصود منه مستور صورتين، لأنه إما أن يكون الورق الخارجي أو ما ظهر فوق الأرض بطبيعته علامة على ما ستر تحت الأرض، أولا يكون، ويختلف الحكم تبعا لذلك.

الصورة الأولى:

أن يكون الورق الخارجي أو ما ظهر فوق الأرض بطبيعته علامة يعرف من خلالها عناصر المستور، وأوصافه المقصودة عادة.

تطبيق ضابط الجهل على هذه الصورة.

إن العلم بالمعقود عليه تحقق بمجرد رؤية الأوراق، أو ما ظهر فوق الأرض، وانتفى الجهل المخل بشرط العلم، لأن عناصر المعقود عليه، وأوصافه المقصودة عادة تم تحديدها بمجرد رؤية الورق، وأمكن استحضار صورة المعقود عليه في الذهن، وصلحت بذلك لشغل الذمة، وهذه الصورة للمعقود عليه يرجع إليها عند الاختلاف، أما إذا أضيفت مادة كيماوية، أو أي عنصر أخر غير مألوف يغير من طبيعة هذا المبيع، فأصبح ما ظهر من ورق هذه الخضروات لا يفي بالغرض فيطبق عليه أحكام الغش والعيب، وهو ليس من باب بيع المجهول.

الصورة الثانية:

ألا يكون الورق الخارجي أو ما ظهر فوق الأرض علامة يعرف من خلالها عناصر، وأوصاف المستور، وهذا قد يوجد في بعض الخضروات التي تشبه البصل، والفجل من حيث ما هو مقصود منها بالبيع مستور تحت الأرض، وقد يكون لطبيعة الأرض والجو دور حتى في البصل، والفجل، ولعله هو سبب اختلاف الفقهاء في هذا البيع.

تطبيق ضابط الجهل على هذه الصورة.

إن العلم بعناصر المعقود عليه، وأوصافه لا تتحقق إلا برؤية ما هو مقصود بالبيع، ومستور تحت الأرض، وبالتالي فإن البيع بدون رؤية المستور، والمقصود بالبيع بيع مجهول، للجهل بعناصر المبيع، وأوصافه، ولعدم صلاحية المبيع لشغل الذمة، وعدم وجود صورة محددة العناصر، والأوصاف يمكن الرجوع إليها عند الاختلاف، مما يفضي للمنازعة، فالبيع قائم على التوقع والمخاطرة، فالمشتري لم يحدد ما اشترى، والبائع لم يحدد ما باع، وهذا مفض للمنازعة، لعدم وجود صورة لها مثل، أو قيمة يمكن الرجوع إليها، فالجهل بالمعقود عليه في هذه الصورة من باب بيع المجهول، وفقا لضابط الجهل.

لقد اختلف جمهور الفقهاء في بيع ما المقصود منه مستور على قولين:أولهما إجازة البيع، فالجهل بسبب عدم رؤية المستور معفو عنه، وهذا هو الراجح عند الأحناف، والمالكية، والحنابلة، وثانيهما عدم جوازه لأن الجهل بسبب عدم رؤية المستور منهي عنه، وهذا هو الراجح عند الشافعية، ولا يمكن القطع بأن تطبيق ضابط الجهل على بيع ما المقصود منه مستور وافق القول الأول، أو الثاني، إذ أن تطبيق ضابط الجهل على الصورة الأولى وافق القول الأول، وتطبيقه على الصورة الثانية وافق القول الثاني، ولعل سبب الاختلاف لا يرجع إلى اختلافهم في تقدير الجهل، وإنما يرجع إلى طبيعة المبيع ذاته، وعليه فلا خلاف بين القولين في حقيقة الأمر، لاختلاف الصورة التي يتحدث عنها أنصار كل رأي، ويكون الحكم وفقا لضابط الجهل متفق مع أراء الجمهور قولا واحدا، أما إذا كانت طبيعة المبيع واحدة، فتطبيق ضابط الجهل يوافق القول الأول، إذا كان المبيع مما تعرف أوصافه، وعناصره بمجرد رؤية ما خرج فوق الأرض، أي أن الجهل معفو عنه، وهذا الذي أرجحه في هذه الصورة، أما إذا كان المبيع مما لا تعرف عناصره، وأوصافه برؤية المبيع، فتطبيق ضابط الجهل يوافق القول الثاني، أي أن الجهل منهي عنه، وهو الذي أرجحه في هذه الصورة.

بيع اللبن في الضرع.

لقد اشترط من أجاز بيع اللبن في الضرع ألا تقل الغنم عن عشرة، وأن يعرف قدر حلابها، وأن يكون في مدة لا يتغير فيها عادة.

إن الشروط التي وضعها من أجاز بيع اللبن في الضرع تمنع من الجهل المخل بشرط

العلم، فإذا علم قدر الحلب، وكان في مدة لا يتغير فيها عادة، وزاد العدد عن عشرة، تحقق العلم بعناصر المبيع، والأوصاف، فمعرفة قدر الحلاب، وكونه في مدة لا يتغير فيها عادة لا يتم إلا بالتجربة، ومعرفة المرعى، وهذا يقتضي معرفة قدر الحليب، ونوعه، وجميع أوصافه المقصودة عادة، كما أن الذمة انشغلت بهذا القدر، وهذه الأوصاف، حيث أن الغنم إذا عرف قدر حلابها خلال المدة التي لا يتغير فيها عادة لا ينقص هذا القدر، ولا يزيد إلا بما يتجاوز عنه عادة في مثل هذه البيوع، وأن اختلال شرط من الشروط السابقة يترتب عليه عدم تصور المعقود عليه في الذهن، وعدم صلاحيته لشغل الذمة، وحصول المنازعة عند الاختلاف، فصورة المعقود عليه مستحضرة في الذهن، وتم على أساسها التقييم، وبناء عليها أبديت الرغبة، وانتهت بالرضى، وهذه الصورة للمبيع والتي انشغلت بها الذمة يرجع إليها عند الاختلاف، كما لو ثبتت قيمة، أو مثل المبيع في ذمة أحد الطرفين، وبهذا تنحسم مادة المنازعة، أما إذا اختل شرط من الشروط السابقة، فالجهل منهي عنه، لعدم وجود صورة محددة العناصر، والأوصاف للمعقود عليه يمكن الرجوع إليها لحسم النزاع، ومن خلال دراسة أراء الفقهاء، وإن بدا ظاهريا اختلافهم، إلا أن تبريرات من منع البيع وشروط من أجاز البيع تظهر أن كل فريق يتحدث عن حالة غير التي يتحدث عنها الفريق الأخر، فالراجح عند الأحناف، والشافعية، والحنابلة، والشيعة منع بيع اللبن في الضرع، وعللوا المنع بعدم معرفة قدر اللبن، لعدم معرفة ما بالضرع هل هو لبن، أم انتفاخ، وهذه الصورة غير صحيحة إذا طبقنا عليها شروط من أجاز بيع اللبن في الضرع، وهم المالكية، وهذا يعني أن مضمون الآراء واحد، وتطبيق ضابط الجهل بقبول هذا التوجيه يوافق الرأيين.

وأما دعوى عدم تحقق العلم، لعدم وجود المعقود عليه كاملا أثناء العقد، واحتمال فوات المبيع بموت الغنم، فجوابه من وجهين هما:

الوجه الأول:

أن هذا الأمر يتعلق بتنفيذ العقد لا بانعقاده، وهذا يحصل في بيوع كثيرة اتفقوا على صحتها، فالأنعام مثلا قد تموت بعد انعقاد العقد، وقبل تمام القبض، والوديعة وما في حكمها، وما في الذمة قد يضيع قبل القبض، وقد اتفق كل من منع بيع اللبن في الضرع بجواز بيع العارية، وما في حكمها، وأجازوا صرف الوديعة، وما في حكمها إذا كانت مضمونة،

وعللوا منع صرف الوديعة، وما في حكمها إذا كانت مأمونة بحصول التأخير في عقد الصرف، وليس الجهل بالمعقود عليه[1].

الوجه الثاني:

إن العقد وقع بالاشتراط، وهو ترتب آثار العقد بشرط الحياة، وعدم المرض، وهذا الشرط يقره العرف، فعرف التعامل التجاري يفترض هذا الشرط، وقد طبق الفقهاء هذا الحكم في المسائل المماثلة، فمن الأمثلة على ذلك إجارة الدواب، والسفن، فالدابة متوقع موتها كتوقع موت الغنم، وأثر موت الدابة، أو عطب السفينة أشد على تنفيد العقد من موت شاة من قطيع يزيد على العشرة.

يوضح العرض السابق اتفاق ضابط الجهل مع مضمون أراء الفقهاء، وتطبيقاتهم في حكم بيع اللبن في الضرع، واختلاف الفقهاء في بيع اللبن في الضرع يمكن توجيهه، وتضييق دائرة الخلاف، أي أن كل فريق يتحدث عن حالة تختلف عن الأخرى، وهذا سبب اختلافهم في الحكم، أما في حالة عدم قبول التوجيه السابق، فتطبيق ضابط الجهل يوافق ما ذهب إليه المالكية، وهو ما أرجحه.

بيع الثمر قبل بدو صلاحه.

لقد اختلف الفقهاء في بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وبدون شرط الترك أو القطع، ولبيان حكم البيع وفق ضابط الجهل نفرق بين ثلاث حالات هي:

أ- أن يقضي العرف وطبيعة البيع بترك الثمر إلى النضج، وبدو الصلاح في شجره، أو في الأرض، وهذه الحالة كبيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط الترك، واتفق الفقهاء على عدم جواز البيع للجهل، وتطبيق ضابط الجهل في هذه الحالة يقضي بعدم جواز البيع للجهل، وقد أوضحت ذلك في المسائل المتفق عليها.

ب- أن يقضي العرف وطبيعة المعاملة بقطع الثمر بمجرد العقد، ويطبق على هذه الحالة

(1) لقد فصلت القول في هذه المسالة في أكثر من موضع انظر مثلا، ص66-72، 117 وما بعدها من هذا البحث.

أحكام البيع بشرط القطع، ووفقا لضابط الجهل، البيع جائز لانتفاء الجهالة المفضية للمنازعة، حيث أن صورة المعقود عليه تم تحديدها أثناء العقد، فالعلم بالعناصر، والأوصاف قد تحقق أثناء العقد، كما أن تقييم المبيع قد خلا من المخاطرة، والمقامرة، و التي يقوم عليها التقييم في بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وقد وافق تطبيق ضابط الجهل رأي الجمهور، حيث أنهم اتفقوا على صحة البيع في هذه الحالة، ولم يخالفهم إلا من تمسك بظاهر النص، ولم يقتنع بعلة المنع في بيع الثمر قبل بدو صلاحه.

ج- ألا يقضي العرف بالترك ولا بالقطع، وهذه الحالة يطبق عليها ما قيل في بيع الثمر قبل بدو صلاحه، فالبيع غير جائز للجهل، وقد فصلت ذلك في عرض المسائل المتفق عليها.

يتبين من خلال ما سبق انتفاء الجهل المخل بشرط العلم، في حالة بيع الثمر قبل بدو صلاحه بدون شرط، إذا كان العرف يقضي بالقطع، أما إذا كان العرف يقضي بالترك، أو لا يقضي بشيء فالبيع باطل للجهل، وفقا لضابط الجهل، وبهذا يمكن توجيه الخلاف بين الفقهاء، حيث يمكن حمل من قال بالجواز على الحالة الأولى، وهي أن العرف عندهم يقضي بالقطع، ويحمل القول بعدم الجواز على الحالة الثانية، أو الثالثة، أي أن العرف عندهم يقضي بالترك أو لا يقضي بشيء.

إن قبول هذا التوجيه لأراء الفقهاء يعني اتفاق الجمهور في حكم بيع الثمر قبل بدو الصلاح بدون شرط، والخلاف يرجع لاختلاف الأعراف، وما يترتب عليه من اختلاف في الواقعة، أما في حالة عدم قبول هذا التوجيه، فأرجح ما اتفق معه ضابط الجهل من أراء الفقهاء، وهو عدم جواز البيع إذا كان العرف يقضي بالترك، أو لا يقضي بشيء، والجواز إذا كان العرف يقضي بالقطع.

هذه نماذج من البيوع المختلف فيها بسبب الجهل، وقد طبقت ضابط الجهل على كل البيوع المختلف فيها، والتي ذكرها الفقهاء عند حديثهم عن بيع المجهول، فلم يختلف الأمر عما ذكر في النماذج السابقة.

إن موافقة هذا الضابط لأحكام الفقهاء، وارتباطه بمعاني النهي عن بيع المجهول، ومرونته، وموضوعيته أولدت الاطمئنان إلى هذا الضابط لتحديد الجهل، و اللـه الموفق للصواب.

المبحث الثاني

أثر استخدام ضابط الجهـل

يترتب على استخدام هذا الضابط للتفرقة بين قسمي الجهل، أن الجهل بالمعقود عليه خاص بالجهل بالعناصر، والأوصاف، ولا يشمل الجهل بالتقييم، ولا الجهل بحالة المعقود عليه أثناء العقد، ما دامت العناصر، والأوصاف المتفق عليها قد حددها الاتفاق، و هذا وإن لم يذكره الفقهاء صراحة وبهذا التفصيل، إلا أن فتاويهم والأدلة النقلية والعقلية التي اعتمدوا عليها، وأقوال الصحابة، تؤيد ذلك، والدراسة والتحليل التالي يوضح هذا.

أولا: الجهل بحالة المعقود عليه في الواقع.

يختلف هذا الجهل عن الجهل المخل بشرط العلم، فالمتعاقدان هنا حددا المعقود عليه تحديدا كاملا، هذا التحديد حقق العلم بجميع العناصر التي تختلف بسببها الأغراض، والأوصاف المقصودة عادة، وذلك عند التقاء القبول والإيجاب، فصورة المعقود عليه حاضرة في الذهن عند تمام العقد، إلا أن وجود المعقود عليه على الصورة التي تم عليها التعاقد مجهولة، لعدم إمكانية التأكد من ذلك، إما لطبيعة المعقود عليه كالأجهزة الكهربائية والإلكترونية، وقطع غيار السيارات، فالإطلاع على نقص بعض الأوصاف، أو العناصر يتوقف على التجربة في بعض الأحيان، وفي بعض الأحيان يحتاج إلى الخبرة التي يفتقدها أكثر المستهلكين، ولهذا يعتمد في بيع هذه السلع على النشرة الملحقة غالباً، إما لوجود غش، أو تدليس أدى لإخفاء نقص أحد العناصر، أو وصف مقصود.

إن الجهل هنا يختلف عن الجهل بالمعقود عليه، وفقا لضابط الجهل، وذلك لعلم المتعاقدين بأوصاف، وعناصر المعقود عليه، والتي رضي بها أطراف العقد، وصلاحية المعقود عليه لإشغال الذمة، وأن الجهل هنا لا يفضي للمنازعة، لوجود صورة محددة للمعقود عليه، هي التي وقع عليها العقد، وانشغلت بها الذمة، فالرضى هنا تحقق للعلم بما وقع عليه الرضي، إضافة لخلو التقييم من المخاطرة، والمقامرة، فقد قام على عناصر، وأوصاف معلومة، ومحددة

أثناء التقييم، فلا مجال للاحتمال والمخاطرة، وهذه هي معاني النهي عن بيع المجهول، وقد اتفقت تطبيقات الفقهاء في الدلالة على أن الجهل المخل بشرط العلم، هو الجهل بالعناصر، والأوصاف، واتفق ضابط الجهل مع تطبيقات الفقهاء في هذا، والجهل بما عليه المعقود عليه معلوم العناصر، والأوصاف، وقد دلت أراء الفقهاء وتطبيقاتهم على اختلافه عن بيع المجهول، وإليك البيان.

فتاوى الفقهاء ووجه دلالتها.

1- لقد اتفق الفقهاء على ثبوت الخيار، أو إجبار النقص، إذا وجد المعقود عليه على غير ما وقع عليه العقد، وكان هذا الاختلاف مؤثرا في القيمة تأثيرا غير معتاد، ولا يثبت الخيار، ويجبر النقص إلا إذا كان العقد صحيحا[1]، وتعد الخيارات من الموضوعات التي احتلت حيزا في الفقه الإسلامي، وحظيت باهتمام كبير من قبل الفقهاء، وما يخصنا في المسألة محل البحث خيار العيب، وخيار النقيصة، وخيار الرؤية، وخيار الشرط، فهذه الخيارات للمتعاقد الذي انتقلت إليه السلعة التي وجدت بخلاف ما وقع عليه العقد، وعادة ما يكون ذلك بنقص عنصر، أو وصف مقصود عادة، ويجهله المتعاقد وقت العقد، ووضع له جزءا من الثمن، وأثر في الرضى، وهذا هو معنى الجهل بما عليه المعقود عليه أثناء العقد، واثبات الخيار دليل على صحة العقد، وإخراج هذا الجهل من دائرة الجهل المخل بشرط العلم، فمثلا لو تم التعاقد على جهاز مرئي يباني الصنع، ثم تبين بعد ذلك أنه صيني الصنع، فتخلف هذا الوصف، وجهل المشتري بهذه الحالة للمعقود عليه لا يترتب عليه عدم صحة العقد، وإنما يصح العقد مع ثبوت الخيار، وفقا لأراء الفقهاء، ومنها أيضا لو تم التعاقد على شراء سيارة، وبعد استخدام السيارة تبين أن بها عيبا ما كان ليرض بها المشتري لو علم بهذا العيب أثناء التعاقد، وهذا العيب يؤثر في السعر وله جزء من الثمن، فالعقد صحيح، ويثبت الخيار، وفقا

(1) انظر مثلا: الأم للإمام الشافعي 121/8 وما بعدها. المدونة لسحنون 355/3، 4/ 170 وما بعدها. المحلى لابن حزم 338/8 - 342. بدائع الصنائع للكاساني 272/5 وما بعدها.. المغني لابن قدامة 159/4 وما بعدها.. صحيح مسلم بشرح النووي 10/ 166 - 167. عمدة القاريء للعيني 277/11. شرح فتح القدير لابن الهمام 271/6 -272، 335وما بعدها، 355 وما بعدها. مواهب الجليل للحطاب 409/4 وما بعدها، 437 -444. حاشية الدسوقي للدسوقي 19/3 وما بعدها.

لأراء الفقهاء، والعيب في مثل هذه الحالات عادة ما يكون نتيجة نقص عنصر، أو وصف مقصود عادة، والمتعاقد يجهل هذا النقص وقت إبرام العقد.

-2 لقد أشارت بعض النصوص الفقهية إلى أن علة إخراج الجهل بما عليه المعقود عليه عدم إفضائه للمنازعة، و لرفع ما يترتب عليها من مفاسد بالخيارات، ولا ينقض ذلك بمخالفة الشافعية في المشهور عندهم للجمهور في صحة بيع الغائب على الصفة، لأن أساس الاختلاف هو تحقق العلم بجميع الأوصاف المقصودة من عدمه، ودليل ذلك موافقتهم للجمهور في خيار العيب مثلا[(1)].

-3 إن أحاديث منع التصرية، من أهم الأدلة التي استند عليها الفقهاء في إثبات الخيار، ويعطى لمن وجد المعقود عليه على غير الوصف الذي وقع عليه العقد، وهو عادة ما يكون نتيجة نقص عنصر، أو وصف معتبر، ويجهل المتعاقد هذه الحالة للمعقود عليه لحظة إبرام العقد، فالخيار يثبت للمتعاقد إذا تبين نقص وصف دخل ضمن التقييم، ووقع عليه الاتفاق نصا، أو بحسب العادة، أو العرف، وكان هذا النقص أثناء التعاقد، وليس بعد إبرام العقد، والمتعاقد لم يعلم بنقص هذا الوصف، وأذكر بعض أحاديث التصرية ووجه الاستدلال بها.

- **عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال:(من ابتاع شاة مصراة، فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام بعد أن يحلبها، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ورد معها صاعا من تمر)[(2)].**

لقد وردت عدة أحاديث في النهي عن تصرية الإبل، والغنم، وجميع هذه النصوص تدل

(1) انظر مثلا: المدونة لسحنون 309/3. المحلى لابن حزم 443/8. المغني لابن قدامة 159/4. الوسيط للغزالي 110/2 وما بعدها. البحر الزخار للمرتضي 355/4 - 356. حاشية ابن عابدين لابن عابدين79/4، 97. حاشية الدسوقي للدسوقي 115/3. الإيضاح للشماخي 101/5، 245. ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة، دراسة مقارنة - العبار - سعد خليفة العبار - (بنغازي - منشورات جامعة قاريونس ط الأولى 1999م) ص 68 وما بعدها.

(2) اللفظ لمسلم _ صحيح مسلم - كتاب البيوع - باب ما جاء أن بيع المصراة عيب يوجب الخيار 1158/3. وفي نفس المعني عن أبي هريرة للبخاري - صحيح البخاري للبخاري - كتاب البيوع - باب إن شاء رد المصراة وفي حلبتها صاع من تمر 3 / 26. وفي نفس المعنى عن أبي هريرة لأبي داود - سنن أبي داود لأبي داود - كتاب الإجارة - باب من اشترى مصراة فكرهها 2/ 659. وفي نفس المعنى عن أبي هريرة للترمذي - سنن الترمذي للترمذي - كتاب البيوع باب ما جاء في بيع المحفلات 358/3.

على صحة العقد، وقد اتفق الفقهاء استنادا بهذه النصوص على صحة بيع المصراة لعيب التصرية، والذي أدى إلى جهل المتعاقد بالحالة الفعلية التي عليها المعقود عليه وقت التعاقد، وأحاديث بيع المصراة من أهم الأدلة النقلية التي استند عليها الفقهاء في إثبات الخيار، إذا وجد المعقود عليه على غير ما وقع عليه العقد.

يوضح العرض السابق وجه دلالة أراء الفقهاء على أن الجهل بما عليه المعقود عليه في حقيقة الأمر ليس من الجهل المخل بشرط الصحة، وهذا لا ينتقض باختلافهم في بعض التفاصيل، لأن القول بأن الجهل لا يخل بشرط الصحة يعتمد على القول بصحة العقد، والاختلاف في التفصيلات ينحصر في مدة الخيار، وفي صحة العقد بدون خيار، أو في دفع مقابل اللبن، ولم يختلفوا في الصحة[1].

- **عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الـلـه ﷺ قال: (من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه)**[2].

لقد دلت أراء الفقهاء وفتاويهم على صحة بيع الغائب على الصفة، وثبوت الخيار إذا وجد على خلاف ما اتفقا عليه، خلافا للمشهور عند الشافعي، ووافق الجمهور الشيعة، والظاهرية في القول بصحة بيع الغائب على الصفة، وثبوت الخيار إذا وجد على غير الصفة[3].

إن الحالة التي عليها المعقود عليه في الواقع في جميع الصور السابقة مجهولة لدى المشتري، ففي بيع الغائب على الصفة، أو بيع الشيء الموصوف في الذمة، ومنه بيع السلم، قد يكون المعقود عليه كما تم عليه الاتفاق، وقد يكون بخلاف ذلك نتيجة نقص عنصر، أو وصف مقصود عادة، إلا أن هذا الجهل لا يمنع من صحة البيع وفقا لأراء الفقهاء، وفتاويهم السابق عرضها، وإلا لما وقع الخيار في حالة النقص، أو الاختلاف في العناصر التي تختلف بسببها الأغراض، ولما صح العقد إذا وجد على الصفة، فالجهل بالمعقود عليه يمنع من صحة العقد،

---

(1) تراجع الهوامش الواردة في الهامش رقم 8نفس الصفحات والأجزاء.

(2) السنن الكبرى -البيهقي - إمام المحدثين الحافظ الجليل أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي (دار الفكر – بط – ب ت) كتاب البيوع – باب من قال يجوز بيع العين الغائبة – 268/5.

(3) المدون لسحنون 3/ 355. المغني لابن قدامة 54/4. المجموع في شرح المهذب للنووي 9 / 987. البحر الزخار للمرتضى 351/4. وسائل الشيعة للعاملي 361/12. الحدائق الناظرة في أحكام العترة الطاهرة- البحراني – يوسف البحراني - تح محمد تقي الإيرواني –(بيروت - دار الأضواء - ط الثانية 1405هـ - 1985 م) 56/19.

ولو وجد المعقود عليه موافقا لرغبة المتعاقدين، كما أن الخيار لا يكون إلا إذا كان العقد صحيحا، وهذا يدل على أن الجهل بما عليه المعقود عليه ليس من الجهل المخل بشرط العلم باتفاق، فهو يختلف عن الجهل بما رغب المتعاقدان التعاقد عليه، وبما وقع عليه العقد، وبما ارتبط به الإيجاب والقبول.

ثانيا: الجهل بالتقييم.

إن الجهل بتقييم المعقود عليه ليس من الجهل المخل بشرط العلم، وفقا لضابط تحديد الجهل، حيث أن العلم بالعناصر، والأوصاف قد تحقق للمتعاقدين أثناء العقد، فهما قد استحضرا، وتصورا المعقود عليه، كما أن الرضى قد وقع على معلوم، ويصلح لشغل الذمة، وبهذا ينتفي الجهل المخل بشرط الصحة، لعدم إفضائه للمنازعة، ولقطعها بالخيار، وإخراج هذا الجهل من الجهل المخل بشرط الصحة، وإن لم يذكره الفقهاء صراحة بهذا اللفظ.

ولم يوجد هذا التقسيم بهذا الشكل في الفقه الإسلامي، إلا أن أراء الفقهاء تدل بأن الجهل بالمعقود عليه يختلف عن الجهل بالتقييم، وكما يقال بالمثال يتضح المقال، وأذكر أربعة أمثلة عرضها الفقهاء، وتدل أحكامهم بشأنها على أن الجهل بالتقييم ليس من باب بيع المجهول.

1- تلقي الركبان.

يطلق عليه أحيانا تلقي الجلب، ويقصد به ملاقاة السلع خارج أسواقها، وقبل دخولها سوقها.

والجهل يقع في التقييم نتيجة عدم علم صاحب السلعة بسعرها في سوقها، فيقع عادة في غبن في التقييم، فالجهل هنا في التقييم لا في العناصر، ولا الأوصاف، والتي تختلف باختلافها الأغراض، والأسعار، وقبل بيان دلالة أراء الفقهاء في تلقي الركبان على أن الجهل بالتقييم ليس من باب بيع المجهول، أذكر بعض الأحاديث الواردة في تلقي الجلب، لأنها الدليل النقلي للفقهاء فيما ذهبوا إليه، ومن هذه الأحاديث:

عن أبي هريرة رضي الله عنه (أن النبي ﷺ نهي عن تلقي الجلب، فإن تلقاه متلق، فاشتراه، فهو بالخيار إذا وردت السوق)[1].

- عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول اللـه ﷺ: (لا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها الأسواق، ولا تناجشوا)[2].
- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول اللـه ﷺ قال:(لا يتلقى الركبان للبيع، ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبع حاضر لباد، ولا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعا من تمر)[3].

لقد دل الحديثان الأول والثاني على صحة العقد وثبوت الخيار، وذلك بعد ورود السوق، وهذا يعني أن سبب المنع هو جهل صاحب السلعة بسعر السوق، فقدومه السوق يمكنه من معرفة السعر، وثبوت الخيار دليل على صحة العقد، لأن الخيار من أحكام العقد الصحيح، كما سبق بيانه، أما لفظ الحديث الثالث، فلم يصرح بلفظ الخيار في بيع التلقي، وإن كان جمع هذه البيوع في حديث واحد دليل على اتفاقها في الحكم، وما دام حكم أحد هذه البيوع الصحة مع ثبوت الخيار، وهو بيع التصرية، فجمع التلقي مع بيع التصرية قرينة على اتحاد الحكم، خاصة وأن الضرر الذي لحق المتعاقد، هو الغبن، وتقييم السلعة بأقل من سعرها عادة، سواء كان بسبب الجهل بسعر السوق كما في التلقي، وبيع الحاضر للبادي، أو بسبب

---

(1) اللفظ لأبي داود – سنن أبي داود لأبي داود – كتاب الإجارة – باب في التلقي 652/2. المعنى للنسائي عن ابن عمر – سنن النسائي بشرح السيوطي للسيوطي – كتاب البيوع باب التجارة 257/7. المعنى عن أبي هريرة لابن ماجة – سنن ابن ماجة لابن ماجة – كتاب التجارات – باب النهي عن تلقي الجلب 12/2. المعني عن أبي هريرة للدارمي- مسند الدارمي – الدارمي– الإمام الحافظ أبو محمد عبد اللـه بن عبد الرحمان بن الفضل ابن بهرام – تح –حسين سليم أسد الداراني (–الرياض -دار المغني ط الأولى 2000م)– كتاب البيوع – باب النهي عن تلقي البيوع 1672/3.

(2) اللفظ لأبي داود – سنن أبي داود لأبي داود – كتاب الإجارة باب في التلقي 658/2. المعنى عن أبي هريرة للدارمي – مسند الدارمي للدارمي – كتاب البيوع باب النهي عن تلقي البيوع 1662/3.

(3) اللفظ لمسلم – صحيح مسلم لمسلم – كتاب البيوع – باب النهي عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه، وعن تلقي الجلب، وعن التصرية، وعن النجش / 1154.

تغرير الغير كما في النجش، أو بسبب العيب، كما في التصرية، واختلاف ألفاظ الأحاديث الواردة في التلقي من أهم الأسباب التي أدت لاختلاف الفقهاء في أحكام التلقي، إلا أن اختلافهم لا ينقض القول بإخراج الجهل بالتقييم من بيع المجهول، لأن الاختلاف ليس في الصحة وعدمها، وإنما الاختلاف في ثبوت الخيار من عدمه، فقد اتفق أكثر الأحناف، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والهادوية، والأوزاعي، والليث، والشيعة على صحة بيع التلقي، واختلفوا في ثبوت الخيار، فذهب البعض إلى اشتراط وقوع الضرر لثبوت الخيار، وذهب البعض إلي ثبوت الخيار بصرف النظر عن وقوع الضرر من عدمه، ويراد بالضرر هنا ما يؤدي إليه الجهل بالتقييم من غبن الجالب في السعر، ولهذا اشترط بعض الفقهاء رخص السعر عن سعر السوق لثبوت الخيار، وأما إثبات الخيار بشكل مطلق، فهو إما أن يكون قد افترض الضرر، أو جعل الضرر مزدوجا، وهو ضرر الجالب، وضرر أهل السوق، حيث أن ورود السلعة السوق يساهم في انخفاض سعر السوق لهذه السلعة، وهذه مصلحة عامة لجميع الناس، والغالب حصولها، وخالف الرأي السابق بعض فقهاء الأحناف، والمالكية، وقالوا، بعدم صحة البيع، ولكن ليس للجهل، وإنما لمعنى أخر، إذ أوضحت عبارات بعض فقهاء المالكية، أن البيع هنا لا يفسد لفقد شرط من شرائط الصحة، وإنما الفساد لمعنى أخر، ولم تصرح مصادر الفقه المالكي بهذا المعنى، وإن أمكن استنباطه، فقد يكون هذا المعنى هو مصلحة أهل السوق في حدوث الرخص، و الغلاء، وهذه مصلحة عامة توجب عدم الصحة، كما في بيع الحاضر للبادي[1].

إن أراء الفقهاء سواء من قال بصحة البيع، أو من قال بعدم صحته تدل على أن الجهل بالتقييم لا يعد من الجهل المخل بشرط الصحة، وعليه فلا حاجة للترجيح هنا لاتفاق جميع الآراء في الدلالة على المطلوب.

---

(1) انظر مثلا: الأم للإمام الشافعي 89/8.. المحلى لابن حزم 449/8 -450. المقدمات لابن رشد 63/2 - 64. بدائع الصنائع للكاساني 377/5. بداية المجتهد لابن رشد الحفيد 166/2 المغني لابن قدامة 241/4. صحيح مسلم بشرح النووي للنووي 163/10. مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 29 /359 - 360. عمدة القارئ للعيني 276/11. البحر الزخار للمرتضي 297/4. مواهب الجليل للحطاب 377/4 وما بعدها. الروض النظير للسياغي الصنعاني 305/3. حاشية حجازي لحجازي 14/2. الحدائق الناضرة للبحراني 18/ 54- 58. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 131/4 - 134.

-2 بيع الحاضر للبادي.

لقد وردت عدة أحاديث في النهي عن بيع الحاضر للبادي، واقترنت بعض هذه الأحاديث بما يشير إلى علة النهي، ونورد بعض الأحاديث الواردة في النهي عن بيع الحاضر للبادي.

- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: (نهى رسول اللـه ﷺ أن تلقى الركبان، وأن يبيع حاضر لباد. قال طاوس: فقلت لابن عباس، ما قوله في حاضر؟ قال: لا يكون له سمسارا)[1].
- عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول اللـه ﷺ: (لا يبع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق اللـه بعضهم من بعض)[2].

لقد وردت عدة أحاديث في النهي عن بيع الحاضر للبادي، واقترن بعضها بما يشعر بعلة النهي، وهي الضرر الذي يلحق الناس من ارتفاع سعر السلعة، بالإضافة للجهل بسعر السلعة بالنسبة للبادي، وقد اختلفت كلمة الفقهاء في صحة هذا البيع من عدمها، فقال بصحة البيع أكثر الأحناف، والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد، وأكثر فقهاء الشيعة، وقال بعدم صحته أكثر المالكية، والظاهرية، ومع أن الفقهاء اختلفوا في صحة هذا البيع، إلا أنهم اتفقوا على أنه لا ينطوي على الجهل المخل بشرط الصحة، لهذا لم يناقشوا هذا البيع عند بيانهم لشرط العلم، وحكم بيع المجهول وأثاره، فالأحناف تعرضوا له عند حديثهم عن بيع المكروه، وبينوا أنه دون الفاسد، وبيع المجهول أعدوه من البيع الفاسد، وهذا يعني أن بيع الحاضر ليس من بيع المجهول، والشافعية عرضوه ضمن البيوع المنهي عنها، بعدما أنهوا الحديث عن شروط البيع بما فيها شرط العلم، أما المالكية فقد صرحت بعض عباراتهم بأن النهي لا يرجع لخلل في شرط من شرائط الصحة، ويؤيد القول بأن بيع الحاضر للباد ليس من

---

(1) اللفظ لمسلم والنسائي – صحيح مسلم لمسلم – كتاب البيوع – باب تحريم بيع حاضر لباد 3 / 1157. سنن النسائي بشرح السيوطي للسيوطي - كتاب البيوع - باب التجارة 257/7. المعنى عن ابن عباس لأبي داود – سنن أبي داود – كتاب الإجارة – باب في النهي أن يبيع حاضر لباد 658/2. المعنى عن ابن عباس لابن ماجة – سنن ابن ماجة لابن ماجة – كتاب التجارات – باب النهي أن يبيع حاضر لباد 12/2.

(2) اللفظ للترمذي ولأبي داود ولابن ماجة – سنن الترمذي للترمذي – كتاب البيوع – باب ما جاء لا يبع حاضر لباد 3/ 342. سنن أبي داود لبي داود –كتاب الإجارة – باب في النهي أن يبيع حاضر لباد 659/2. سنن ابن ماجة لابن ماجة – كتاب التجارات – باب النهي أن يبيع حاضر لباد 11/2.

بيع المجهول العلة التي ذكرها الفقهاء للنهي عن بيع الحاضر للبادي، حيث عللوا النهي بالضرر الذي يلحق بالناس، وأهل السوق وصاحب، السلعة، هذا بالنسبة لمن قال بفساد هذا البيع، أما من قال بصحة البيع مع ثبوت الخيار بشرط، أو بدون شرط، فعدم اعتبار هذا البيع من باب بيع المجهول أمر واضح[1].

من خلال ما سبق، يتضح اتفاق أراء الفقهاء في الدلالة على أن الجهل بالتقييم في بيع الحاضر للبادي لا يعد من الجهل المخل بشرط الصحة، وإن كان الحكم واحدا عند بعض الفقهاء، وهو الفساد، إلا أن سبب الفساد يختلف، وما أردت إثباته هو أن الجهل بالتقييم لا يعد من الجهل المخل بشرط الصحة، وهذا تدل عليه أراء الفقهاء عموما.

3- بيع النجش.

النجش هو الزيادة في سعر السلعة، لا لإرادة الشراء، وإنما لإغراء الغير بالشراء، فالنجش لا يكون من البائع، ولا من المشتري، بل من طرف ثالث، وقد وردت عدة أحاديث في النهي عن بيع النجش، وهي التي اعتمد عليها الفقهاء في حكم النجش، ومن هذه الأحاديث مثلا:

- عن ابن عمر رضي الله عنهما (أن رسول الـلـه ﷺ نهى عن النجش)[2].

- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: أن رسول الـلـه ﷺ قال:(........ ولا تناجشوا) الحديث[3].

لقد اتفق الفقهاء على أن علة النهي عن بيع النجش هي ما يقع فيه المشتري من الجهل

---

(1) الأم للإمام الشافعي 89/8. المحلى لابن حزم 453/8 - 455. المقدمات لابن رشد 2/ 63 - 64. بداية المجتهد لابن رشد الحفيد 166/2. المغني لابن قدامة 4/ 438 - 439. صحيح مسلم بشرح النووي للنووي 10/ 164 - 165. عمدة القارئ للعيني 263/11. شرح فتح القدير لابن الهمام 6/ 276 - 268. البحر الزخار للمرتضى 279/4 الروض النظير للسياغي الصنعاني 3/ 303 - 304.

(2) - اللفظ للبخاري، ولابن ماجة - صحيح البخاري للبخاري - كتاب البيوع - باب النجش /24. سنن ابن ماجة لابن ماجة - كتاب التجارات - باب النهي عن النجش 734/2. والمعنى عن أبي هريرة للترمذي أبي داود - سنن الترمذي للترمذي - كتاب البيوع - باب ما جاء في كراهة النجش في البيوع 385/3. سنن أبي داود لأبي داود - كتاب البيوع باب في النهي عن النجش 685/2.

(3) الحديث سبقت الإشارة إليه راجع المصادر المذكورة بالهامش رقم 2 ص 112.

بالتقييم، وذلك نتيجة التغرير من الناجش، والراجح عند الجمهور، والشيعة، والظاهرية، والهادويه هو صحة البيع، وإن اختلفوا في ثبوت الخيار، وشروط ثبوته، وقد روي عن الإمام مالك القول بعدم صحة هذا البيع، إلا أن هذه الرواية غير راجحة، والراجح عن الإمام مالك رواية الصحة مع ثبوت الخيار، وحتى على رواية عدم صحة البيع، فقد اتفقت الآراء على أن بيع النجش ليس من باب بيع المجهول.

إن دلالة القول بصحة البيع على أن التغرير، وما ترتب عليه من جهل بالتقييم لا يعد من باب بيع المجهول عند الفقهاء واضحة، أما من قال بعدم الصحة فقد أوضح بأن الفساد ليس لخلل في شرط الصحة، بل هو لأمر خارج عن شرائط صحة العقد، والجهل المخل بشرط الصحة متعلق بشرائط الصحة، وعليه فإن التغرير نتيجة النجش، وما يترتب عليه من جهل بالتقييم لا يخل بشرط الصحة وفقا لجميع الآراء، قولا واحدا، وهذا يعني أن الجهل بالتقييم ليس من باب بيع المجهول وفقا لأراء الفقهاء[1].

4- الضعف في تقييم المبيع.

يراد به من يخدع دائما في البيوع لجهله بتقييم السلع، الأمر الذي يجعله يغبن دائما نتيجة الضعف في التقييم، وقد وردت عدة أحاديث بخصوص هذه المسألة، إلا أن الفقهاء اختلفوا في دلالة هذه النصوص، ونورد ما ورد عن الرسول ﷺ، وبعد ذلك نبين أراء الفقهاء، ودلالتها على أن الجهل بالتقييم ليس من الجهل المخل بشرط الصحة.

- عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيع فقال: (إذا بايعت فقل لا خلابة)[2].

(1) المحلى لابن حزم 448/8. لمقدمات لابن رشد 63/2 - 64. المغني لابن قدامة 235/4. صحيح مسلم بشرح النووي للنووي 158/10. عمدة القارئ للعيني 259/11، 263. شرح فتح القدير لابن الهمام 276/6-278. شرح المبدع لابن مفلح 58/4. البحر الزخار للمرتضي 296/4. مغني المحتاج للشربيني 36/2- 38. نيل الأوطار للشوكاني 266/5 الحدائق الناضرة للبحيراني58/18. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 131/4 - 134.

(2) اللفظ للبخاري وأبي داود - صحيح البخاري للبخاري - كتاب البيوع -باب ما يكره من الخداع في البيع /. سنن أبي داود لأبي داود - كتاب الإجارة - باب في الرجل يقول عند البيع لا خلابة 669/2.

- عن أنس ابن مالك ﷺ، أن رجلا على عهد رسول الـلـه ﷺ كان يبتاع، وفي عقدته ضعف، فأتى أهله نبي الـلـه ﷺ، فقالوا: يا نبي الـلـه احجر على فلان، فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف، فدعاه النبي ﷺ، فنهاه عن البيع، فقال: يا نبي الـلـه إني لا أصبر عن البيع، فقال رسول الـلـه ﷺ:(إن كنت غير تارك البيع فقل هاء، وهاء، ولاخلابة)[1].

لقد اختلفت أراء الفقهاء في أحكام الغبن في البيع استنادا على هذا الحديث، والأحاديث السابقة الواردة في تلقي الركبان، والنجش، وبيع الحاضر للبادي، فذهب البعض إلى صحة البيع، ولزومه إذا وقع البيع مع الغبن، وقال البعض بصحة البيع مع ثبوت الخيار، إذا كان الغبن غير معتاد، وقدره بعضهم بالثلث، فمن قال بصحة البيع، ولزومه مع الغبن استدل بظاهر نص الحديث السابق، لأن أمر الرسول ﷺ من يخدع في البيع باشتراط الخيار عند البيع دليل على لزومه، ولو كان الخيار يثبت بمجرد الغبن، لما كان هناك حاجة لاشتراطه، وقد نقل هذا الرأي عن الشافعي، وأبي حنيفة، وأصح الروايات عن مالك، وأما من قال بثبوت الخيار، إن كان الغبن غير معتاد، فاستند بالأحاديث السابقة الواردة في بيع تلقي الركبان، وبيع الحاضر للبادي، وبيع التصرية، لأن علة النهي هي الغبن الذي يقع فيه المتعاقد، وقدر بعضهم الغبن غير المعتاد بالثلث، وتركه البعض للعرف، ونقل هذا الرأي عن الأحناف، والظاهرية، والشيعة، ورواية عن الإمام مالك[2]، والجهل بالتقييم للغبن لا يعد من باب الجهل بالمعقود عليه على كلا الرأيين، لأن الجهل يمنع من صحة العقد قولا واحدا، والجهل بالتقييم للغبن لا يمنع من صحة العقد قولا واحد، والخلاف في ثبوت الخيار لا يغير من الأمر شيئا في المسألة محل البحث.

إن العرض، والتحليل السابق لنصوص السنة، ولأراء الفقهاء، وفتاويهم يدل على أن الجهل بما عليه المعقود عليه في الواقع أثناء التعاقد، والجهل بالتقييم لا يعدان من الجهل المخل

---

(1) اللفظ لأبي داود والترمذي – سنن أبي داود لأبي داود – كتاب الإجارة باب في الرجل يقول عند البيع لا خلابة 669/2. سنن الترمذي للترمذي – كتاب البيوع – باب ما جاء فيمن يخدع في البيع 357/3.

(2) المحلى لابن حزم 443/8. المغني لابن قدامة 235/4. صحيح مسلم بشرح النووي للنووي 168/10. مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 359/29 – 360. عمدة القارئ للعيني 234/11. 8 الروض النظير للسياغي الصنعاني 3/ 254- 255. النظرية وملكية العقد لأبي زهرة ص 420 – 421.

بشرط الصحة، وقد فرق الفقهاء بين الجهل المخل بشرط الصحة، والجهل بالتقييم، والجهل بما عليه المعقود عليه في الواقع، وهذه التفرقة تدل عليها أراء الفقهاء باتفاق قولا واحدا، كما قد أوضحت، وبناء عليه فإن الضابط الذي اعتمدته لتحديد الجهل المخل بشرط الصحة لا يخالف مضمون أراء الفقهاء، ولا فتاويهم ولا نصوص السنة التي اعتمد عليها الفقهاء في أحكامهم في المسألة محل البحث، إضافة إلى أن هذا الضابط يفسر تفرقة الفقهاء بين هذه البيوع، وبيع المجهول، والذي اتفق الفقهاء على عدم صحته، كما أن هذا الضابط يحدث توازنا أكثر بين أراء الفقهاء، وتطبيقاتهم، كما يتضمن إجابة على التساؤلات التي وردت على المعايير السابقة لتحديد الجهل.

الفصل الثاني

تطبيق ضابط الجهل على الاستثناءات

قمت في الفصل الأول من هذا الباب بوضع ضابط للجهل، واعتمدت على تطبيقات الفقهاء، ومضمون آرائهم، كما أوضحت ما ترتب على هذا الضابط، وأقوم في هذا الفصل بتطبيق ضابط الجهل على البيوع التي أعدها الفقهاء استثناء من بيع المجهول، وفقا للمعايير التي ذكرها الفقهاء لتحديد الجهل المنهي عنه، وتقسم الاستثناءات إلى قسمين، قسم اتفق الفقهاء في جوازه، وقسم اختلف الفقهاء في جوازه، ونخصص المبحث الأول للبيوع المتفق في جوازها، أما المختلف فيها فموضوعها المبحث الثاني.من هذا الفصل، فموضوعه أثر استخدام هذا الضابط على تحديد الجهل.

المبحث الأول

تطبيق ضابط الجهل على الاستثناءات المتفق عليها

أتولى في هذا المبحث تطبيق ضابط الجهل على البيوع التي اتفق الفقهاء على جوازها، وإن كان الأصل عدم جوازها للجهل، فالجهل الذي تحويه هذه البيوع وفق ظاهر أراء الجمهور مانع من الصحة، ولكن أجيزت هذه البيوع للضرورة، والحاجة، وأبين في هذا المبحث ما يعد استثناء، وفقا لضابط الجهل، ويراد باتفاق الفقهاء هنا الاتفاق على جوازها، لا الاتفاق على أنها استثناء، وسأحاول من خلال التحليل، والدراسة توجيه ما يوهم معارضة نتيجة تطبيق هذا الضابط لأراء الفقهاء.

1- الإجارة[1].

هي أصل بيع المنافع، والمعقود عليه في الإجارة هو المنفعة والأجرة، فالمنفعة تختلف في طبيعتها من عقد لعقد، قد تكون القيام بعمل كحفر بئر، وخياطة ثوب، وبيع بضاعة، وقد تكون المنفعة استخدام عين، والاستفادة منها، كما في سكنى الدار، وإجارة الدواب للركوب، والحمل.

أما الأجرة، فهي المقابل الذي يدفع عوضا للمنفعة، وتختلط الأمور عندما يكون المقابل منفعة أيضا، كخياطة ثوب مقابل صناعة باب، وغيرها، والجهل الذي ذكره الفقهاء في الإجارة، والذي لا يمنع من صحتها هو انعدام المحل إذا كان منفعة، لأنه لا يمكن وجودها جملة أثناء العقد، وذلك للطبيعة الخاصة للمعقود عليه، بصرف النظر عن كونه أجرة، أو منفعة.

---

(1) لقد اتفق الفقهاء من حيث المبدأ على جواز الإجارة، واستدلوا على جوازها بالمنقول والمعقول، ولا يؤثر في هذا الاختلاف في التفاصيل في مسألة البحث، وقد فصلت القول بجوازها في الباب الأول، راجع ص67 وما بعدها من هذا البحث.

لقد اتفق الفقهاء على اشتراط العلم بالمنفعة والأجرة، كالعلم بالمعقود عليه في البيع العادي، ولكنهم اختلفوا في اعتبار الإجارة استثناء من بيع المجهول، فما هو الجهل الذي تحويه الإجارة وأعدها البعض بناء عليه استثناء من بيع المجهول ؟.

إن الجهل الذي ذكره من أعد الإجارة استثناء من بيع المجهول هو انعدام المعقود عليه، وعدم إمكانية وجوده أثناء العقد، واحتمال استحالة تنفيذ العقد، إذا لم يوجد المعقود عليه[1]، فهل هذا الجهل مخل بشرط الصحة وفقا لضابط الجهل ؟.

إن شروط العلم بالمنفعة والأجرة عند الفقهاء تحقق العلم بالعناصر، والأوصاف وقت انعقاد العقد، وهذا يعني أن المتعاقدين تصورا المعقود عليه، واستحضراه في الذهن، وانشغلت بهذه الصورة الذمة، فالرضى تحقق للعلم بالمعقود عليه وقت التعاقد، والتقييم خلا من المخاطرة، والمقامرة، ووجود صورة محددة مانعة من المنازعة، وبهذا ينتفي الجهل المخل بشرط الصحة، وفقا لضابط الجهل، وأما دعوى الجهل لانعدام المحل وقت العقد فيمكن ردها بما يلي:

أ – إن القول بأن الإجارة في الأصل من باب بيع المجهول واستثنيت للضرورة، والحاجة مبني على احتمال استحالة تنفيذ العقد لعدم تحقق المنفعة، وهذا من أهم ما ذكره أنصار من أعد الإجارة استثناء من بيع المجهول، ويرد على هذا القول بأن استحالة تنفيذ العقد لا يخص الإجارة، بل هو في كثير من البيوع، ولم يثيروا مسألة الجهل بشأنها، ومن أمثلة تلك الحالات، هلاك المبيع بيد البائع قبل التسليم، والتي يثبت فيها المثل، أو القيمة يوم الاستحقاق، أو يوم الحكم، وبيع ما في الذمة، وبيع الموصوف الغائب عن مجلس العقد، ففي هذه البيوع وما يماثلها يتأخر فيها التسليم عن مجلس العقد، وإذا تأخر التسليم، فإن الهلاك، أو الضياع، أو

---

(1) انظر مثلا: الأم للإمام الشافعي 126/8. المحلى لابن حزم 182/8 وما بعدها. المغني لابن قدامة 434/5 – 440. البحر الزخار للمرتضي 77/5. شرح فتح القدير لابن الهمام60/9 وما بعدها. مغني المحتاج للشربيني 34/2. الروضة البهية للعاملي وغيره 269/4. منح الجليل لعليش 432/7. الإيضاح للشماخي 223/6. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 3/5 وما بعدها. حاشية الدسوقي للدسوقي 3/4 وما بعدها. فقه الكتاب والسنة - عبد العزيز – الدكتور أمير عبد العزيز (مصر - دار السلام القاهرة ط الأولى سنة 1419ه 1999م) 1450/3.

الفساد، أو الموت في ذوات الأرواح محتمل، ومع ذلك لم يقل أحد من الفقهاء بأن صحة هذه البيوع استثناء من بيع المجهول، لاحتمال استحالة التنفيذ، فاحتمال استحالة التنفيذ إذًا لا تصلح علة لما ذكروا، لارتباط الحكم بعلته وجودا وعدما، وقد عرضت أراء الفقهاء في بيع ما في الذمة، والموصوف الغائب عن مجلس العقد في المبحث السابق، ويمكن مراجعة حالات هلاك المبيع وفواته في مظانها، ومن ذلك على سبيل المثال ما ذكره الكاساني إذ يقول:(هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع، وله صور أهمها:......... إذا هلك بعض المبيع قبل القبض ينقص قيمة النقص، والباقي للمشتري بالخيار، إلا إذا هلك بفعل المشتري فيعد كالقبض)[1].

إن الصور التي ذكرها الكاساني في هذه الفقرة كانت ضمن أحكام البيع الصحيح، وإن أثبت الفسخ في بعضها، والاقتصار على عبارة الكاساني لاتفاق عبارات الفقه الإسلامي على مضمون هذه العبارة من ناحية، كما أن الكاساني في هذه العبارة أجمل أراء الأحناف، وهم أكثر من توسع في هذه المسألة، واعتمد على مسألة احتمال استحالة التنفيذ في اعتبار الإجارة استثناء من بيع المجهول، أما الحنابلة، فقد صرحوا بأن الإجارة جاءت وفق القياس، أما المالكية فإن مصادرهم لم تصرح بأن الإجارة استثناء كالأحناف، والشافعية،ولم تصرح بأنها جاءت وفق القياس كالحنابلة، إلا أن بعض عبارات فقهاء المذهب أشارت إلى أن استحالة التنفيذ لا تصلح أن تكون أساسا للبطلان، لعدم خلو أكثر البيوع من ذلك، وقد لخص لنا ابن رشد[*] هذا المعنى عند بيانه لعقد السلم، إذ يقول بعدما بين أن المذهب جواز بيع العين الغائبة: (لأن العقود إذا صحت وسلمت من الغرر فلا يراعى ما يطرأ عليها بعد ذلك ما لم يقصد إليه، إذ لو روعي ذلك لما صح عقد، ولا سلم بيع بوجه من الوجوه)[2].

ب- خلو العقد من المقامرة والمخاطرة، فالعقد يتم على منفعة محددة العناصر، والأوصاف، وتقوم بأجرة معلومة كذلك، فلا مجال للمخاطرة والمقامرة أثناء التعاقد، فصورة المعقود عليه

---

(1) بدائع الصنائع للكاساني 388/5 – 389.

(*) ابن رشد هو الوليد محمد بن أحمد بن رشد المالكي، قاضي الجماعة بقرطبة، ومفتيها، وكان من أوعية العلم، له تصانيف مشهورة، عاش سبعين سنة مات سنة 520. شذرات الذهب في أخبار من ذهب - ابن عماد – أبوالفلاح عبد الحي بن عماد الحنبلي (القاهرة – مكتبة المقدسي – ب ط – سنة 1350هـ) 62/4.

(2) المقدمات لابن رشد 23/2.

محددة بحيث تصلح لشغل الذمة، ويتم الرجوع إليها عند الاختلاف، مما ينفي المنازعة، وهذه هي حكم، ومقاصد، ومعاني النهي عن بيع المجهول، فبانتفاء المنازعة، والمخاطرة، والمقامرة ينتفي الجهل.

إن العلم بالمنفعة والأجرة حسب ما أوضحه الفقهاء يكفي لانتفاء الجهل المخل بشرط الصحة، وفقا لضابط الجهل، وانعدام المنفعة أثناء العقد وعدم إمكانية تسليمها كاملة أثناء العقد لا يتضمن الجهل المخل بشرط الصحة بشكل مطلق، ويترتب على هذا خلو الإجارة بشروطها من الجهل المخل بشرط الصحة، ولا حاجة لاستخدام الضرورة، والحاجة لإجازتها، لأنها أصل وليست استثناء.

إن القول بأن الإجارة ليست استثناء من بيع المجهول، وذلك لأن انعدام المنفعة وعدم إمكانية تسليمها أثناء التعاقد كاملة، واحتمال استحالة التنفيذ لا يؤدي للجهل المخل بشرط الصحة بطبيعته يوافق الراجح عند فقهاء الحنابلة، ووافقهم في هذا الظاهرية، والشيعة، والإباضية، ودلت عليه فتاوى، ومضمون أراء الأحناف، والشافعية، وإن خالف هذا القول ظاهر آرائهم، لأن قولهم بأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة توجيه وتبرير لحالة الانعدام، وهذا لا يمكن تصوره إلا بالاشتراط، أي اشتراط تحقق المنفعة، فيقع العقد بقدر ما يتحقق من المنفعة، إلا أن هذا محل نظر، لأن العقد ينعقد وقت التقاء القبول بالإيجاب، والمنفعة تتحقق وقت التنفيذ، أما المالكية فلم تصرح مصادرهم أن الإجارة استثناء من بيع المجهول، كما هو الحال في المساقاة، والمزارعة، ولم تذكر صراحة أنها جاءت وفق القياس، إلا أن اشتراط عبارة المدونة بتحقق العلم بالمنفعة أثناء التقويم لا بعده تدل على أن المراد بالعلم هو تحديد عناصر المعقود عليه، وأوصافه أثناء العقد[1]، ومن العبارات الدالة على هذا المعنى، ما نقل بشأن من استأجر بيت الرحى من رجل، والرحى من رجل أخر، والدابة من ثالث في صفقة واحدة حيث أجاب، (قال: لم أسمع من مالك في هذه شيء، إلا أني أرى أن لا يجوز هذا، كل واحد منهم لا يدري بما أكرى شيئه حتى يقوم، فقد أكرى بما لا يعلم ما هو إلا بعد ما يقوم)[2]،

(1) المدونة لسحنون 425/3 وما بعدها. انظر أيضا المراجع الواردة في الهامش 29.

(2) المدونة لسحنون 425/3.

ووافق المالكية الظاهرية في القول بأن العبرة في تحقق العلم بوقت الانعقاد، والعلم يتحقق بتحدد قدر، ووصف المنفعة، وكانت عبارة ابن حزم(*) أكثر وضوحا في الدلالة على هذا المعنى، إذ يقول:(ولا تجوز الإجارة إلا بمضمون مسمى محدد في الذمة، أو بعين معينة متميزة معروفة الحدود، والمقدار)[1].

من خلال أراء الفقهاء، وفتاويهم، التي تدل على أن الإجارة ليست من باب بيع المجهول بحسب الأصل يتضح أن للانعدام في البيوع صورتين هما:

الصورة الأولى:

أن يكون الانعدام قد عاد إلى الجهل بأحد العناصر، أو الأوصاف، كما في بيع الثمر قبل بدو صلاحه، فالجهل تعلق بالقدر، وبعض الأوصاف، فالثمن المتفق عليه يلزم بصرف النظر عن نضج كل الثمر أم لا، وبصرف النظر عن تحقق الأوصاف المرادة فيما نضج، فالتقييم قائم على المغامرة، والتوقع والاحتمال في تحقق العناصر والأوصاف، فالمشتري يدفع أقل من سعر الثمر إذا نضج بكامله، و بالأوصاف المعتادة، والبائع يرضى بأقل من السعر الحقيقي للثمر في هذه الحالة لاحتمال العاهة، فالزيادة والنقص هنا بسبب احتمال العاهة، و هذه الصورة للانعدام تؤدي للجهل المخل بشرط الصحة.

الصورة الثانية:

إذا لم يكن الانعدام قد عاد إلى الجهل بأحد العناصر، أو الأوصاف، وتقع هذه الحالة إذا تم البيع على اشتراط وجود المعقود عليه بكل عناصره، وأوصافه، فالعقد وإن تم على معدوم وقت التعاقد، إلا أن العقد تم على المعقود عليه باشتراط وجوده وفق الاتفاق، فهو بمثابة بيع الموصوف في الذمة، أو الغائب على الصفة.

(*) ابن حزم هو العلامة علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب الأموي مولاهم، فارسي الأصل والأندلسي القرطبي الظاهري صاحب المصنفات، مات مشردا عن بلده من قبل الدولة، توفي سنة 456 هـ. شذرات الذهب لابن عماد 299/3.

(1) المحللابن حزم 203/8.

العرض السابق يوضح، أن القول، بأن الإجارة ليست استثناء من بيع المجهول وفقا لضابط الجهل يوافق الراجح عند الحنابلة، والظاهرية والشيعة، كما أن عبارات الفقه المالكي أقوى دلالة على أن الإجارة أصل، وليست استثناء، أما مخالفة نتيجة تطبيق ضابط الجهل لرأي الأحناف، والشافعية، فهي مخالفة لظاهر الآراء، أما التطبيقات، والشروح، والتوضيحات تؤدي إلى نفس النتيجة التي ترتبت على تطبيق ضابط الجهل، فتبريرهم لصحة العقد بأنه ينعقد لحظة فلحظة دليل على رجوعهم للقول بأن الانعدام هنا لا يؤدي للجهل المفضي للمنازعة، والمخل بشرط الصحة، وإلا فما الحاجة لتبرير هذا الانعدام، إذا كان الأصل عدم صحته، وأجيز للضرورة، والحاجة.

2- المضاربة[1].

قبل تطبيق ضابط الجهل على المضاربة نحدد ما هو المعقود عليه في المضاربة، هل هو العمل، ورأس المال، أم يشمل الربح ؟.

إن مصادر الفقه الإسلامي التي بين يدي لم تتعرض لهذه النقطة صراحة، وإن كانت هناك إشارات تدل على هذا، والتي من خلالها سأحاول مناقشة هذه المسألة.

لقد اتفق الفقهاء قديما، وحديثا على اشتراط العلم برأس المال، والعمل أثناء انعقاد العقد، وهذا يدل على أن العمل ورأس المال هما المعقود عليه في عقد المضاربة، إلا أن الفقهاء لم يهملوا الربح، بحيث يمكن القول بالاتفاق على أنه ليس من ضمن المعقود عليه، فاشتراطهم العلم بنصيب العامل من الربح، وتصريحهم بأن المضاربة استثناء من الإجارة المجهولة دليل على شمول المعقود عليه للربح، فأي الدلالتين أرجح وما يترتب على كل؟.

أولا: العمل ورأس المال.

إن المشهور عند الحنابلة، أن المضاربة أصل، وليست استثناء من بيع المجهول، وهذا

---

(1) لقد اتفق الفقهاء على جواز المضاربة، وإن اختلفوا في اعتبارها استثناء من بيع المجهول، أم أنها جاءت حسب الأصل، وقد عرضت أراء الفقهاء في هذه النقطة، وناقشت هذه الأراء في الباب الأول من هذا البحث انظر ص69 وما بعدها من هذا البحث.

يعني أن الجهل الذي تحويه المضاربة، بالشروط التي ذكرها الفقهاء، لا يدخل ضمن الجهل المخل بشرط الصحة، وهذا يدل على حصر المعقود عليه في العمل، ورأس المال، لأنه لا يمكن تجاهل الجهل بالربح، والظاهر من بعض عبارات فقهاء الإباضية موافقتهم لما دل عليه رأي الحنابلة، حيث أنهم أعدوا ا المضاربة ضرب من الإجارة، بل إنهم شبهوا الجهالة في الإجارة بالجهالة في المضاربة[1]، وجهالة الإجارة التي تشبه المضاربة هي انعدام العمل أثناء العقد مع العلم بحدوده، وقدره، وجميع الأوصاف، وهذا يختلف عن الربح، أما الظاهرية فلا تثار عندهم موافقة القياس من عدمه، لإنكارهم للقياس، وقد أشرت إلى هذا فيما سبق.

إذا كان المعقود عليه هو العمل، ورأس المال وفقا لرأي هذا الفريق، فلماذا اشترطوا وجوب العلم بحصة العامل بالجزء لا بالقدر؟، ولماذا أبطلوا المضاربة، إذا حدد نصيب العامل بالقدر؟.

إن وجوب العلم بحصة العامل ليس لأنها معقود عليه، ولكن لتقدير نسبة مساهمة العامل إلى رأس المال، والتي يتم على أساسها توزيع الأرباح، أما تقدير نصيب العامل بالقدر فهو نقل النصيب من كونه معيار لتقدير قدر مساهمة العامل إلى كونه أجر للعامل، وقلب المضاربة إلى إجارة، ولما كان لكل طبيعتها منع ذلك.

الأثر المترتب على هذا الرأي.

يترتب على القول بأن المعقود عليه في المضاربة هو العمل، ورأس المال انتفاء الجهل المخل بشرط الصحة، وفقا لضابط الجهل، وانعدام المعقود عليه أثناء العقد لاحتمال استحالة تنفيذ العقد لا يؤدي للجهل المخل بشرط الصحة، حسبما قررته في الإجارة، وذلك لاشتراك الإجارة، والمضاربة في هذا الانعدام، ولوحدته في العقدين، وهذا يقضي بخلو المضاربة بشروطها من الجهل المخل بشرط الصحة، وأنها ليست استثناء من بيع المجهول.

ثانيا الربح.

يراد هنا أن المعقود عليه يشمل الربح بالإضافة إلى العمل، ورأس المال، ولا يعني اعتبار الربح معقودا عليه إهمال العمل، ورأس المال.

---

(1) إعلام الموقعين لابن القيم 335/1. الإيضاح للشماخي6/5.

يدل ظاهر أراء الجمهور، أن المعقود عليه في المضاربة هو الربح، إضافة إلى رأس المال، والعمل، وإن لم يذكروا ذلك بهذا التفصيل، ووافق الجمهور بعض فقهاء الشيعة، ومن العبارات التي تكررت عند الجمهور، وتدل على أن الربح جزء من المعقود عليه قولهم المضاربة استثناء من الإجارة المجهولة[1].

إن التفرقة بين الإجارة، والمضاربة فيما يتعلق بالجهل، يدل على شمول المعقود عليه للربح، فالجهالة بسبب عدم وجود العمل دفعة واحدة، واحتمال استحالة التنفيذ بسبب عدم إمكانية إتمام العمل لا تختلف فيه المضاربة عن الإجارة، فاعتبار المضاربة استثناء من الإجارة المجهولة، أو اعتبار الإجارة أصل والمضاربة استثناء من بيع المجهول لا يتصور ذلك إلا بشمول المعقود عليه للربح في المضاربة.

يبدو أن القول بشمول المعقود عليه للربح أساسه اتجاه القصد إلى تحقيقه بالتعاقد، فالمتعاقدان يقصدان من حيث الأصل الحصول على الربح، ولكن مجرد قصد الحصول على الربح لا يكفي لاعتباره جزءا من المعقود عليه، فقد تقصد ثمرة العمل، ولا تعد جزءا من المعقود عليه، وأمثلة اتجاه الرغبة إلى الربح أو ثمرة العمل كثيرة، منها زراعة الأرض إجارة، ولم يعتبر الفقهاء الزرع جزءا من المعقود عليه،فالمقصد الحقيقي، وما رغب فيه المتعاقدان هو الزرع، أي ما تخرجه الأرض، إلا أن الزرع هنا لم يعتبره أحد جزءا من المعقود عليه، وكذلك الأمر في العقد على خدمة الشجر إجارة، فالمراد الأصلي بالعقد هو ثمرة الشجر، ولم يعتبره أحد جزءا من المعقود عليه، وهذا المبدأ طبقه الفقهاء على الإجارة على أعمال التجارة[2]، والمقصود عادة في هذه الإجارات هو الزرع في زراعة الأرض، والثمر في سقي الشجر، والربح في أعمال الإجارة لبيع السلع، وهذه جميعها مجهولة كالربح في المضاربة، فلماذا لم يعتبروا المقصود في هذه الإجارات من المعقود عليه.

(1) المنتقى للباجي 80/5. شرح فتح القدير لابن الهمام 8 / 445 وما بعدها. مواهب الجليل للحطاب 356/5. حواشي المحتاج للشرقاني وغيره 82/6. الروض النظير للسياغي 346/3.

(2) انظر مثلا: بدائع الصنائع للكاساني 157/6 وما بعدها. المغني لابن قدامة 466/5. روضة الطالبين للنووي 257/5. حاشية الدسوقي للدسوقي 26/4.

الأثر المترتب على شمول المعقود عليه للربح.

يترتب على هذا القول أن المضاربة بشروطها التي ذكرها الفقهاء لا تخلو من الجهل المخل بشرط الصحة وفقا لضابط الجهل، فالمتعاقدان لا يعلمان قدر الربح، ولا يصلح الربح لشغل الذمة، لأن أوصافه، وعناصره مجهولة لدى الأطراف أثناء العقد.

إن تطبيق ضابط الجهل على المضاربة بشروطها التي ذكرها الفقهاء يقضي باعتبارها استثناء من بيع المجهول، بناء على القول بشمول المعقود عليه للربح، أما على القول بعدم شمول المعقود عليه للربح، فالمضاربة لا تعد استثناء من بيع المجهول، وذلك لعدم احتوائها على الجهل المخل بشرط الصحة، إذا روعيت الشروط التي ذكرها الفقهاء.

إن الذي أرجحه من الرأيين هو القول بعدم شمول المعقود عليه للربح، لعدة أمور أهمها:

أ - إن قصد الربح بالتعاقد لا يكفي لكونه جزءا من المعقود عليه، كما سبق وأن أوضحت.

ب- إن العمل الواجب القيام به معلوم، ومحدد العناصر، والأوصاف، وكذلك رأس المال الذي يقابله، فالعقد قائم على أوصاف، وعناصر معلومة، وخال من المقامرة، والمخاطرة، كما أن صورة المعقود عليه الواجب على الإنسان القيام بها مستحضرة في الذهن، وهي التي يرجع إليها عند الاختلاف، أما الربح، فهو عبارة عن نسبة ربح الشركة بين رأس المال، والعمل، وهذا لا يتعلق به الحكم، لأنه ليس من فعل الإنسان وحده، بل يخضع لتوفيق اللـه.

ج- اعتبار المضاربة استثناء من الإجارة، يقضي بالرجوع إلى الأصل، ولا يجوز الاختيار، وهذا من أهم الأسباب التي اعتمد عليها الأحناف في قولهم بعدم صحة المزارعة، والمغارسة، والمساقاة، فإجازتهم للمضاربة مع إمكانية دفع ذلك بالإجارة نقض لأصلهم.

3- بيع السلم[1].

إن تعريفات الفقهاء للسلم، وما ذكروه من شروط لصحته تتفق في دلالتها على أن المسلم فيه ثابت في الذمة، أي يكون صالحا لشغل الذمة، وإذا كان صالحا لشغل الذمة، انتفي عنه الجهل المخل بشرط الصحة، لأن صلاحية المعقود عليه لشغل الذمة يعني العلم بعناصره، وأوصافه، وبالتالي يمكن أن يرتبط به الرضى أثناء العقد، بل إن الفقهاء اشترطوا لصحة العقد، تحقق العلم بالعناصر، والأوصاف لغير المتعاقدين أيضا، وقد صورت عبارة الحطاب[*] ذلك إذ يقول: (..... وقال في الشامل، وأن تبين صفاته المعلومة لهما، ولغيرهما، إن كانت قيمة المسلم فيه تختلف بها عادة، أو تختلف الأوصاف بسببها)[2].

إن هذا الذي اشترطته عبارة الحطاب ينفي عنصري الجهل وفقا لضابط الجهل، وما ورد في عبارة الحطاب من ضرورة العلم بعناصر، وأوصاف المعقود عليه أكدتها كل النصوص الفقهية، أما انعدام المحل أثناء العقد، فإن اشتراط وجوده غالبا عند حلول الأجل ينفي الجهل، إذا توفت شروط السلم عند الفقهاء، لأن الإيجاب، والقبول في عقد السلم ارتبطا أثناء العقد بمعقود عليه محدد العناصر، والأوصاف، أما مسألة انعدام المحل، واحتمال استحالة تنفيذ العقد، فهي متعلقة بتنفيذ العقد، وقد ناقشت هذه المسألة في الإجارة، إضافة إلى أن احتمالها في عقد السلم نادر، وذلك لأن الشروط التي اشترطها الفقهاء في المسلم فيه تجعل استحالة تنفيذه نادرة، ومن هذه الشروط مثلا، تحقق وجوده وقت حلول الأجل غالبا، ومنع العقد على المعين بالذات، وعدم اختصاص العلم بالأوصاف بالمتعاقدين، وألا يذكر

---

(1) لقد اتفق الفقهاء على جواز عقد السلم، واختلفوا في اعتباره استثناء من بيع المجهول، فذهب البعض إلى أنه استثناء من بيع المجهول، لانعدام المعقود عليه أثناء العقد، وذهب البعض الأخر إلى أنه جاء حسب الأصل، والانعدام هنا لايؤدي للجهل المخل بشرط الصحة، وقد فصلت هذه المسألة في الباب الأول راجع ص64 وما بعدها من هذاالبحث.

(*) الحطاب هو محمد بن علي بن عبدالرحمن العيني، أبو عبد اللـه المعروف بالحطاب، فقيه مالكي، من علماء المتصوفين، أصله من المغرب، ولد واشتهر بمكة، ومات في طرابلس الغرب، توفي سنة 954 هـ الأعلام للزركلي 58/7.

(2) مواهب الجليل للحطاب 531/4.

من الأوصاف ما يؤدي إلى اعوازه[1]، كما أن السلم لا يختلف فيما يتعلق بالجهل عن بيع الغائب على الصفة، وبيع ما في الذمة في احتمال استحالة التنفيذ، ولم يذكر أحد من الفقهاء، أن هذه البيوع استثناء من بيع المجهول.

يبين العرض السابق، أن عقد السلم بشروطه التي ذكرها الفقهاء، لا ينطوي على الجهل وفقا لضابط الجهل، وبهذا يلتقي في هذه النتيجة مع ما ذهب إليه جمهور الحنابلة، والراجح عند فقهاء الشيعة، ووافقهم بعض فقهاء الشافعية مخالفين المشهور في المذهب، كما خالف السرخسي المشهور في الفقه الحنفي، وبين عدم تأييده للقول بأن السلم جاء بخلاف القياس، ومن المبررات التي ذكرها لتبرير انتقاده لما عليه الأحناف، أن الوجود مشترط لغاية لا لذاته، وينظر إليه من خلال هذه الغاية، وقد تتحقق بالوجود الحكمي، كما هو الحال في عقد السلم، وتظهر أيضا عبارات ابن عابدين موافقته للسرخسي في القول بأن السلم أصل، وليس استثناء، أما الأحناف، والشافعية فالمشهور عندهم أن السلم استثناء من بيع المجهول، والأصل عدم صحته، ولكن أجيز للضرورة والحاجة، وبنوا رأيهم هذا على انعدام المعقود عليه أثناء التعاقد[2]، وقد سبق توجيه الانعدام في الإجارة، فلا حاجة لتكراره،خاصة وأنه في السلم أقل احتمال لعدم تنفيذ العقد، أما المالكية، فإن ظاهر عبارات من ذكر أن عقد السلم

---

(1) إن هذه الشروط محل اتفاق عند الفقهاء، وقد أشارت بعض المصادر إلى أن الغاية من هذه الشروط تخليص السلم من الجهل المفضي للمنازعة، وهذا يعني أن السلم بهذه الشروط خلا من أي جهل مفضٍ للمنازعة، وإن تضمن أي جهل أخر، فهو غير مفض للمنازعة، وما دام غير مفض للمنازعة، فهو ليس من باب بيع المجهول، لأن المنازعة علة النهي عن بيع المجهول، انظر مثلا: الأم للإمام الشافعي 138/3. بدائع الصنائع للكاساني 207/5 وما بعدها. المغني لابن قدامة 304/4 وما بعدها. البحر الزخار للمرتضي 397/3 وما بعدها. مواهب الجليل للحطاب531/4 وما بعدها. الروض النظير للسياغي 328/3. حاشية ابن عابدين لابن عابدين .230/4

(2) الأم للإمام الشافعي 138/3 وما بعدها. – المبسوط - السرخسي – محمد بن أحمد بن سهل (بيروت - ب ط –ب ت) 15/ 74. البيان في مذهب الإمام الشافعي والفقه المقارن – العمراني – أبو الحسن يحي بن أبي الخير سالم العمراني –اعتنى به قاسم محمد النوري –(دار المنهاج - ب ط ب ت) 288/7. المغني لابن قدامة 304/4 وما بعدها. إعلام الموقعين لابن القيم 340/1 – 350. البحر الزخار للمرتضي 29/4. – البناية شرح الهداية -بدر الدين العيني – محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين– تح أيمن صالح شعبان –(- بيروت - دار الكتب العلمية ط الأولى سنة 2000م)– 329/8. شرح فتح القدير لابن الهمام 7/ 71. وسائل الشيعة لمحمد الحر العاملي 54/13. الحدائق الناضرة للبحيراني 4/20 وما بعدها. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 230/4.

استثناء من بيع المجهول تدل على أن هذا الرأي غير مشهور في المذهب، فمن ذلك عبارة اعليش إذ يقول: (... المشذالي صرح في المدونة، بأن السلم رخصة مستثناة من بيع ما ليس عند الإنسان)[1].

إن هذه العبارة تكررت في بعض مصادر الفقه المالكي بشكل عرضي، ولم يتم التعليق عليها، ولا مناقشتها، ولا ترجيحها، كما أن كثيرا من مصادر الفقه المالكي أهملت الإشارة إليها، ولم تذكر أن السلم استثناء من الأصل، وإن لم يفصلوا القول بأن عقد السلم جاء وفق القياس، أو بخلافه، كما فعل الحنابلة، ولعل سبب ذلك، لأن تشريعه جاء بحسب الأصل، فلا حاجة للإشارة إليه، كما هو الحال في البيع العادي[2].

إن مطالعة مصادر الفقه المالكي تظهر ترجيحهم القول بأن عقد السلم أصل، وليس استثناء من بيع المجهول، وأن الانعدام لا يؤدي بالضرورة إلى الجهل المخل بشرط الصحة، ودليل ذلك أنهم لم يثيروا مسألة الانعدام، والاستثناء في الإجارة.

إن القول بأن السلم أصل، وليس استثناء من بيع المجهول هو الذي أرجحه، وذلك لأمور أهمها:

-1 إن هذا عليه أكثر الفقهاء، فهو المذهب عند الحنابلة، والمالكية، والشيعة، والظاهرية، وبعض فقهاء الأحناف، والشافعية.

-2 إن عبارات الأحناف تحتمل التأويل، وإن كان الراجح دلالتها على أنه استثناء،، حيث نرى تكرر عبارة، (والقياس وإن كان يأباه، ولكن تركنا القياس للكتاب، والسنة، والإجماع)[3].

إن هذه العبارة يحتمل دلالتها على أن السلم شرع لقوة أدلته على القياس، فهو أصل بذاته، وربط الحكم بمصالح الناس الضرورية، والحاجية، والتحسينية لا يخص السلم، بل هو

(1) منح الجليل لعليش 2/3.

(2) المقدمات لابن رشد 23/2. مواهب الجليل للحطاب 514/4. حاشية العدوي على الرسالة للعدوي 162/2. حاشية الخرشي للخرشي 202/5.

(3) بدائع الصنائع للكاساني 5 /207 وما بعدها. تبيين الحقائق للزيلعي 499/4. شرح فتح القدير لابن الهمام 71/7.

عام في جميع المعاملات، فما شرعت إلا للمصلحة المعتبرة، وما نهى الشارع عن البيوع الفاسدة إلا لدرء المفاسد وفوات المصالح.

3- إن الاختلاف في اعتبار السلم استثناء من عدمه لم يترتب عليه أي آثار عملية، فلم يترتب على قول الأحناف، ومن وافقهم، بأن السلم استثناء التضييق في السلم أكثر ممن أعد السلم أصل في معظم الشروط، والأحكام المتعلقة بالجهل.

4- إن اعتبار السلم استثناء يقضي الاقتصار على قدر الحاجة، والعودة إلى الأصل بانتفاء الحاجة، وهو البيع الحاضر، إن أمكن ذلك، وهذا يخالف تطبيقات من قال بأن السلم استثناء.

العرض السابق يبين رجاحة القول، بأن السلم لا يعد استثناء من بيع المجهول، وقد دلت عليه أراء الفقهاء من حيث المضمون، قولا واحدا، وإن بدا في ظاهر آرائهم الاختلاف، والنصوص الفقهية، والتطبيقات تدل على رجاحة القول بأنه أصل بذاته، خاصة عند قبول توجيه رأي الأحناف.

لقد خالف أكثر من تكلم في هذا الموضوع من المعاصرين القول بعدم اعتبار السلم استثناء من بيع المجهول، مبررين هذا بأنه رأي الجمهور، بل إن بعضهم ذكرالاتفاق على أن السلم استثناء، وقد أوضحت النصوص الفقهية التي أشرت إليها عدم الاتفاق على أن السلم استثناء من بيع المجهول، بل إن أكثر الآراء تدل على أن السلم أصل، وممن قال بأن السلم استثناء الدكتور وهبة الزحيلي، والشيخ الزرقا، والدكتور عبد الـلـه محمد عبد الـلـه ، وقد وافقهم في هذا أكثر المعاصرين ممن اطلعت على كتاباتهم، ولم يخالفهم إلا الدكتور الضرير، حيث رجح القول بأن السلم أصل وليس استثناء، لأن انعدام المعقود عليه لا يلزم منه بطلان العقد بإطلاق، فالانعدام لا ينظر إليه لذاته، بل ينظر إليه من خلال ما يترتب عليه من غرر، أو جهل بالمعقود عليه[1].

أخلص من خلال ما سبق إلى خلو عقد السلم بالشروط التي ذكرها الفقهاء من الجهل

---

(1) عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات المعاصرة للزرقا ص 231. عقد الاستصناع- الزحيلي – وهبة الزحيلي المرجع السابق ص 305. عقد الاستصناع -الدكتور عبد الـلـه – الدكتور عبداللع محمد عبد الـلـه –المرجع السابق – ص 386. الغرر وأثره في العقود للضريرص 450.

المخل بشرط الصحة، وفقا لضابط الجهل، ويترتب على هذا القول اعتبار عقد السلم أصل، وليس استثناء من بيع المجهول، وهذا يجد سنده في أراء جمهور الفقهاء، فقد اتفق هذا القول مع مضمون أراء الفقهاء، ووافق الراجح في الفقه الإسلامي من حيث الإطلاق، والمضمون، كما يؤيد هذا القول المقاصد، والمصالح المراعاة، ومعاني النهي عن بيع المجهول، حيث أنها تدور مع هذا الضابط وجودا وعدما.

المبحث الثاني

الاستثناءات المختلف فيها

أتولى في هذا المبحث تطبيق ضابط الجهل على الاستثناءات التي اختلف الفقهاء في جوازها للجهل، فالجهل الذي تحويه هذه البيوع وفق ظاهر أراء الجمهور مانع من الصحة، إلا أن الفقهاء اختلفوا فيها، فأجازها البعض للضرورة، والحاجة، ومنعها البعض لإمكانية اندفاع الضرورة، أو الحاجة، وأبين في هذا المبحث ما يعد استثناء، وفقا لضابط الجهل، وسأحاول من خلال التحليل والدراسة توجيه ما يوهم معارضة نتيجة تطبيق هذا الضابط لأراء الفقهاء.

1- عقد الاستصناع[1].

لقد حضي عقد الاستصناع باهتمام كبير من قبل المعاصرين، لأهميته، وأثره في المعاملات المعاصرة، وقد اختلفت كلمة المعاصرين في اعتبار عقد الاستصناع استثناء من بيع المجهول، وقد نقل بعضهم الإجماع على أنه استثناء من بيع المجهول، إلا أن هذا مردود، إلا إذا عنى بذلك اتفاق فقهاء الأحناف، لأن عقد الاستصناع لم يعرف بهذا الاسم إلا عند الأحناف، وقد اختلف المعاصرون في عقد الاستصناع، فيما يتعلق بكونه استثناء من عدمه، فذهب بعضهم إلى أنه استثناء من بيع المجهول لانعدام المحل، وذهب البعض الأخر إلى أنه أصل، ولا ينطوي على الجهل إذا روعيت الشروط التي ذكرها الفقهاء، فهو عبارة عن بيع موصوف في الذمة، كما أن الانعدام لا يمنع من الصحة لذاته، وإنما يمنع من الصحة إذا أدى إلى الجهل

(1) نفصل القول في عقد الاستصناع، فيما يتعلق بكونه استثناء من الجهل المخل بشرط الصحة، على افتراض توفر الشروط التي ذكرها الفقهاء للعلم بالمعقود عليه، حسب العقد الذي يحكمه، و قد اتفق الفقهاء على جواز عقد الاستصناع من حيث المضمون، وإن اختلفوا فيه من حيث الإطلاق، حيث اختص الأحناف بوضع باب خاص للاستصناع، ولاختلاف الفقهاء في هذا العقد من حيث الإطلاق أدرجته ضمن الاستثناءات المختلف فيها، وقد فصلت القول في هذه المسألة في الباب الأول، انظر ص 66-67 من هذا البحث.

المفضي للمنازعة، وينظر إليه من خلال هذا، وانعدام المحل في عقد الاستصناع بشروطه لا يؤدي للجهل المفضي للمنازعة[1]، وقبل بيان هل عقد الاستصناع أصل أم استثناء وفقا لضابط الجهل، ومناقشة أراء الفقهاء نحدد المعقود عليه في عقد الاستصناع.

المعقود عليه في عقد الاستصناع.

لم يعرف عقد الاستصناع بهذا الاسم إلا عند الأحناف، كما سبق وأن ذكرت، وأوردت بقية المذاهب صوره ضمن عقود أخرى، أهمها السلم، والإجارة، واختلاف الفقهاء في العقد الذي يحكم المعقود عليه سببه اختلافهم في تحديد المعقود عليه، فبالنظر إلى العمل كأحد العوضين في عقد الاستصناع، فإنه أقرب للإجارة، ولهذا اعتبر بعض الجمهور ما ينظر فيه للعمل من أنواع الإجارة، وقد أوضحت بعض عبارات الفقه المالكي أن أعمال الصناعة تعد من جنس الإجارة، جاء في مواهب الجليل، (ولما كان أصل هذه المادة الثواب على العمل، وهو منفعة، وخصت الإجارة في اصطلاح الشرع بالعقد على المنفعة، على قاعدة العرف من تخصيص كل نوع من جنس باسم، ليحصل التعارف عند التخاطب، وقد علم وضع الفعالة بالكسر للصنائع، نحو الصياغة والحياكة والخياطة والنجارة)[2].

هذه المسائل عرضها فقهاء الشافعية، والحنابلة أيضا ضمن أبواب الإجارة، فالاستصناع

---

(1) عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات المعاصرة للزرقا ص 231 وما بعدها. عقد الاستصناع للزحيلي ص 305. عقد الاستصناع- السالوس – الدكتور علي السالوس (مجلة مجمع الفقه الإسلامي – مرجع سابق – 270 – 290. عقد الاستصناع للدكتور عبد اللـه ص 387 – 389. الاستصناع ودوره في العمليات التمويلية المعاصرة -الدكتور العبادي – الدكتور عبدالسلام العبادي – مجلة مجمع الفقه الإسلامي مرجع سبق ذكره ص 455 – 456. أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية - الفرفور – الدكتور محمد عبداللطيف صالح الفرفور– مجلة مجمع الفقه الإسلامي مرجع سابق ص 508 – 509. – بحث بعنوان عقد الاستصناع- جعيط – الشيخ كمال الدين اجعيط– مجلة مجمع الفقه الإسلامي مرجع سبق ذكره ص 522 – 525. الاستصناع والمقاولات في العصر الحديث -التارزي – مصطفى كمال التارزي – مجلة مجمع الفقه الإسلامي مرجع سبق ذكره – ص 571 – 583. عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة – الدكتور محمد رأفت سعيد –مجلة مجمع الفقه الإسلامي مرجع سابق ص 707 - 711. الغرر وأثره في العقود للضرير ص 485.

(2) مواهب الجليل للحطاب 389/5. وقد تكررت هذه العبارة في أكثر من مصدر للفقه المالكي انظر مثلا:منح الجليل لعليش 734/3.

هنا من جنس الإجارة، أما بالنظر إلى المادة المصنوعة، فالاستصناع هنا أقرب إلى عقد السلم، وذلك في حالة عدم تحديد المعمول والعامل، أي أن المهم عند المتعاقد هو الحصول على سلعة معينة، بأوصاف محددة، ولا يهم من يقوم بها، ولا القطعة التي تعمل منها ما دامت قد توفرت فيها المواصفات التي تم الاتفاق عليها عند التعاقد، وقد طبق عليه الجمهور أحكام السلم، وأعدوه ضمن السلم، ويجب أن تتوفر فيه أحكام السلم[1].

إن عقد الاستصناع في الحالتين السابقتين لا يخرج عن السلم، أو الإجارة، فهو في حقيقته إجارة في الحالة الأولى، سلم في الحالة الثانية، وبالتالي يقال بشأنه ما قيل في عقد السلم، والإجارة عند الجمهور، باعتبارهما أصل لا استثناء من بيع المجهول.

إن المعقود عليه في عقد الاستصناع في الحالة الأولى العمل، لهذا أعده الجمهور جنسا من الإجارة، وفي الصورة الثانية مبيع موصوف في الذمة، لهذا أعده الجمهور من السلم، واشترطوا فيه شروط السلم، والمعقود عليه في كلا الحالتين خال من الجهل المخل بشرط الصحة وفقا لضابط الجهل، أما إذا كان المعقود عليه مشترك بين العمل، والمبيع الموصوف في الذمة فيراعى الغالب، كأن يكون العمل، والمعمول من الصانع، فإن كان الأساس هو عمل العامل فهو أقرب للإجارة، حيث يكون إتقانه، وخبرته وصنعته هي المرادة، وأما إذا كان المقصد الأساسي هو الشيء المصنوع، وأوصافه المتفق عليها، وعناصره فهو أقرب للسلم، ولهذا صور الاستصناع لم تخرج عن السلم، والإجارة، وحتى الأحناف الذين انفردوا بتخصيص عقد الاستصناع عللوا إجازة هذا العقد بشبهه بالإجارة، والسلم، حيث يقول الكاساني في ذلك: (... لأن فيه معنى عقدين جائزين هما السلم، والإجارة)[2].

إن عقد الاستصناع بالشروط التي ذكرها الفقهاء لا يخرج عن معنى السلم، أو الإجارة، فيما يتعلق بالجهل، والسلم والإجارة وفقا لضابط الجهل أصل وليسا استثناء، وقد تناولت

---

(1) الأم للإمام الشافعي باب السلم أو السلف 3/ 131وما بعدها. المدونة لسحنون كتاب السلم 2/4 وما بعدها. بدائع الصنائع للكاساني باب السلم 207/5 وما بعدها. المغني لابن قدامة 4/ 304 وما بعدها. إعلام الموقعين - لابن القيم 1/ 348 – 350. شرح فتح القدير لابن الهمام 471/5 وما بعدها - مواهب الجليل للحطاب 514/4. فتح الوهاب للأنصاري 186/1.

(2) بدائع الصنائع للكاساني 6/5.

بالدراسة، والتحليل هذين العقدين في الفقرة السابقة، فنحيل القارئ إلى أحكامهما، وبالتالي فإن القول بأن عقد الاستصناع استثناء لا أرجحه، ولا ترجحه أكثر أراء الفقهاء، كما هو الحال في السلم، والإجارة، كما أن الحاجة لهذا العقد لا تصلح أساسا لاعتبار الاستصناع استثناء من بيع المجهول، لعدم اختصاص ذلك بالاستصناع، فكل البيوع شرعت لأن الحاجة داعية إليها، فعقد الصرف مثلا، ما شرع إلا لأن حاجة التعامل داعية إليه، حيث أن الإنسان يحتاج لنقد البلد للتعامل، والحاجة تظهر إليه أكثر في هذا العصر، وشرع عقد الصرف لهذه الحاجة، ومع ذلك لم يقل أحد أنه استثناء.

يبين العرض السابق أن عقد الاستصناع لا ينطوي على الجهل المخل بشرط الصحة، وفقا لضابط الجهل، فعناصر المعقود عليه، وأوصافه معلومة أثناء العقد، ويتفق ضابط الجهل في النتيجة مع مضمون أراء الفقهاء، قولا واحدا، ومع رأي أكثرهم من حيث الإطلاق، والمضمون.

2- المساقاة والمزارعة والمغارسة[1].

جمعت هذه العقود في فقرة واحدة، لأن معنى الجهل الذي ذكره الفقهاء فيها واحد، وهو الذي كان سبب اختلاف الفقهاء في جوازها، وفي اعتبارها استثناء من بيع المجهول، إذ أن هذه العقود الثلاثة كما ذكر الفقهاء استثناء من الإجارة المجهولة، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه، أو قبل أن يخلق.

قبل تطبيق ضابط الجهل على هذه العقود، وبيان هل هي استثناء من بيع المجهول، نحدد المعقود عليه أولاً.

المعقود عليه في هذه العقود.

لا خلاف بين كل من أجاز هذه العقود من أن المعقود عليه يشمل الأرض والشجر، والعمل الذي يقوم به العامل، ولكن هل يشمل المعقود عليه النتاج أم لا ؟.

(1) تناولت في الباب الأول من هذا البحث حكم هذه العقود وتعريفها، وأدلة من أجاز هذه العقود، ووجهة من اعتبرها استثناء، ومن اعتبرها وفق القياس وبينت الراجح منها والمرجوح فيما يخص محل الحث، راجع ص7183 من هذا البحث.

إن ظاهر النصوص الفقهية لكل من أجاز هذه العقود تدل على أن المعقود عليه يشمل النتاج، وهو الزرع في المزارعة، والثمر في المساقاة، والشجر والأرض في المغارسة، واستوت في هذا نصوص من أعدها استثناء من بيع المجهول، وهم المالكية، وبعض فقهاء الأحناف، والشافعية، و من أعدها وفق القياس، وهم الحنابلة.

بالنظر إلى النتاج لا يمكن القول بخلو هذه العقود من الجهل المخل بشرط الصحة، وفقا لضابط الجهل، ووفقا للمعايير التي ذكرها الفقهاء، وذلك لأنه من الجهل الكثير، فالنتاج هنا غير معلوم القدر، والقدر أحد العناصر، وغير معلوم كل الصفات، فالنتاج هنا غير معلوم كل العناصر، ولا جميع الأوصاف، وهو متردد بين الوجود والعدم، إضافة إلى أن التقييم على أساسه لا يخلو من المقامرة والمخاطرة، والذمة لا يمكن أن تنشغل به، لعدم تحدده، وتصور صورته أثناء العقد، ولعدم وجود صورة محددة يمكن الرجوع إليها عند الاختلاف.

نذكر بعض النصوص الفقهية الدالة على أن المعقود عليه في هذه العقود هو النتاج، ووجه دلالتها.

- فمن فقهاء المالكية يقول ابن رشد: (نهي رسول الـلـه ﷺ عن بيع الغرر، وعن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، وعن بيع ما لم يخلق، وعن الاستئجار بأجر مجهول... والمساقاة من بيع الغرر، ومن الاستئجار بأجر مجهول، ومن بيع الثمر قبل بدو صلاحه)[1].

- ومن فقهاء الحنابلة يقول ابن قدامة في المساقاة:(إنما هي عقد على العمل في المال بنمائه، وهو معدوم مجهول)[2].

- ومن فقهاء الشافعية يقول السبكي[*]: (والمساقاة تشبه بيع الدين بالدين، لأن العمل دين في ذمة العامل، والثمرة معدومة، والدين بالدين باطل باتفاق، ولكن أجيزت المساقاة)[3].

---

(1) المقدمات لابن رشد 247/2.

(2) المغني لابن قدامة392/5.

(*) السبكي هو أبو الحسن علي بن عبدالكافي بن علي بن تمام السبكي الشافعي، المفسر الحافظ، الأصولي اللغوي النحوي المقري البياني الجدلي الخلافي البارع، توفي سنة 750 هـ. شذرات الذهب لابن عماد 180/4.

(3) فتاوى السبكي للسبكي 425/1.

- ومن فقهاء الأحناف يقول الكاساني:(المعقول أن الاستئجار ببعض الخارج الثلث، أو النصف، ونحوه استئجار مجهول، وأنه لا يجوز كما في الإجارة)[1].

إن هذه النصوص تدل على أن النظرة توجهت إلى الثمرة في المساقاة، والزرع في المزارعة، والثمرة في المساقاة، والزرع في المزارعة هما النتاج، ولا يمكن تحديده أثناء إبرام العقد، ولا يمكن انشغال الذمة به، وهذه نماذج من النصوص الفقهية لمن أجاز هذه العقود، ومن منعها، وهي تتفق مع مجمل نصوص الفقهاء فيما قررته من شمول المعقود عليه للنتاج، وهذه النصوص وما يماثلها اتفقت في الدلالة على أن النتاج جزء من المعقود عليه في العقود الثلاثة، وهذا النتاج مجهول، وهذا ما دعى من أجازها للقول بأنها استثناء من بيع المجهول، ودعى البعض الأخر لمنعها للجهل، وإمكانية دفع الضرورة، والحاجة بالإجارة، إلا أن شمول المعقود عليه في هذه العقود للنتاج لا يتسق مع أحكامهم العملية، وذلك لعدة أمور منها:

أ- إن قصد الحصول على الثمر في المساقاة مثلا وحده لا يكفي لاعتباره ضمن المعقود عليه، بل هو ثمرته، والدليل على هذا عدم اعتباره في حالة الإجارة على أعمال المساقاة، فالذي يقصده رب الشجر عادة هو ثمره، ومع ذلك اتفق الفقهاء على أن المعقود عليه لا يشمل الثمر في الإجارة، بل نظروا للعمل، وهو خدمة الشجر، والأجرة فقط، فلماذا اعتبروا الثمر ضمن المعقود عليه في المساقاة، ولم يعتبروه في الإجارة، إذا كانت العبرة بما قصد الحصول عليه، خاصة وأن معاني الجهل وهي المقامرة، والمخاطرة، والمنازعة خلت منها المساقاة، كما خلت منها الإجارة، ففي المساقاة التقييم بالنظر للعمل، والشجر، والأرض وطبيعتها، فالعمل صورته، ومواصفاته، فالشجر، نوعه، وقدره، وحاجته للخدمة هو ما انشغلت به الذمة، أما النصيب فهو عبارة عن تقييم نسبة إنتاج العمل للشجر، حيث أن ما يخرج من الثمر نتيجة عمل العامل والشجر،ولهذا منع تحديده بالقدر، وهذا ينطبق على المزارعة والمغارسة.

ب- إن هذه العقود تشبه القراض (المضاربة)، وقد أشار إلى ذلك الفقهاء، وذكروا أن

(1) بدائع الصنائع للكاساني 175/6.

المضاربة، والمساقاة يتحدان في أكثر الأحكام[1]، والمضاربة وفقا لضابط الجهل أصل، وليست استثناء، وهو ما رجحته من أراء الفقهاء.

ج- إن القول بأن هذه العقود استثناء، وليست أصل يقضي الرجوع إلى الأصل عند اندفاع الحاجة، أو الضرورة الداعية للخروج عن الأصل، فمثلا عندما تندفع الحاجة بالإجارة يجب الرجوع إليها، لأنها أصل بيع المنافع، إلا أن تطبيقات من أجاز هذه العقود واعتبرها استثناء تخالف هذا، حيث اتفق الفقهاء الذين أجازوا هذه العقود على سبيل الاستثناء على الاختيار بينها وبين الإجارة، ففي خدمة الشجر يجوز العقد على هذا العمل إجارة، أو مساقاة، وهذا يناقض اعتبارها استثناء، لأن الجهل هنا إما أن يكون في الإجارة أشد، أو يكون مساويا، أو في المساقاة أشد، فإن كان الأول، فيتم التعاقد مساقاة، لخفة الجهل، وإن كان الثاني أو الثالث، فيتم العقد على أساس الإجارة، لأنها الأصل في الثاني، ولخفة الضرر في الثالث.

د- إن الرخصة التي تجيز الممنوع في الأصل هي ما شرع عند الحاجة خاصة وتقدر بقدرها، وأما ما شرع لكل الناس لتحقيق مصالحهم الضرورية، أو الحاجية فهذا أصل، ولا يخلو منه أي بيع من البيوع، ورد ابن عرفة[*] على ابن عبدالسلام[*] يوضح هذا المعنى، ونورد نصه لأهميته، (أكثر البيوع لا تخلو من الغرر اليسير، ولهذا كان من المعفو عنه، وقيد الإمام المازري العفو بشرطين:أحدهما أن يكون ذلك اليسير غير مقصود، وثانيهما أن تدعو إليه الضرورة، وقد قدح ابن عبدالسلام في هذا الشرط، بأنه يقتضي أن تكون أكثر البيوع رخصة، وهو باطل، وأجاب الشيخ ابن عرفة بأن الرخصة ما شرع عند الحاجة خاصة كأكل الميتة، وأما ما جاء عند الحاجة لكل الناس، وفي كل الأزمنة فليس برخصة)[2].

---

(1) المقدمات لابن رشد 6/3. المغني لابن قدامة 31/5. فتاوى السبكي للسبكي 425/1. مواهب الجليل للحطاب 356/5. حواشي الشرقاوي وغيره للشرقاوي 82/6. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 174/5.

(*) ابن عرفة هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، أبو عبدالله، إمام تونس وعالمها، وخطيبها في عصره، مولده ووفاته فيها، تولي إمامة الجامع الأعظم سنة 750 هـ توفي سنة 800 هـ الأعلام للزركلي 43/7.

(*) ابن عبدالسلام هو محمد بن محمد بن سلامة التونسي الربعي، نسبته إلى ربيعة، البرجي المالكي، ولد بتونس، تونس 995 هـ الأعلام للزركلي 61/7.

(2) الموافقات للشاطبي 11/2.

إن هذه العبارة واضحة في نفسها، ونقلتها كاملة لأهميتها في محل البحث، حيث تدل على أن هذه العقود ليست رخصة، لأن الحاجة عامة،كما أن هذه الحاجة لا تخلو منها كل البيوع،كما سبق وأن ذكرت.

هـ- لقد اتفق الفقهاء الذين أجازوا المزارعة على عدم صحة كراء الأرض بجزء معلوم من الزرع للجهالة[1]، فإذا كان الزرع جزءا من المعقود عليه، فلماذا كانت الجهالة بقدر النصيب مبطلة للعقد في الإجارة، وغير مبطلة للعقد في المزارعة وما يماثلها.

إن هذه التفرقة لا يبررها إلا اعتبار النصيب ربح المشاركة في المزارعة، ولا يشمله المعقود عليه،وبالتالي فإن الجهل به لا يعد جهلا بالمعقود عليه، ولهذا عندما اتفق المتعاقدان على أنه جزء من المعقود عليه في الإجارة بطل العقد.

و- إن هذه العقود هي عبارة عن مشاركة بين رأس المال والعمل، فرأس المال في المساقاة مثلا الشجر،والعمل هو خدمة الشجر من سقي وتنظيف، وكل ما يفرضه عرف المعاملة ويتم الاتفاق عليه وفقا لما تقتضيه طبيعة المعاملة، والمشاركة طبيعتها هي اجتماع العمل ورأس المال، وهما طرفي المعقود عليه، وتتوجه إليهما الإرادة، ويتم التقييم على أساسهما، ويتصورهما الذهن، وتنشغل بهما الذمة، ولهذا اشترط الفقهاء فيهما العلم بالعناصر، والأوصاف، وبهذا توجد صورة للمعقود عليه يرجع إليها عند الاختلاف، وتمنع من المنازعة، ويحدد على أساسها مدى إخلال أي طرف بالتزاماته.

إن هذه الطبيعة الخاصة لهذه العقود، وتشاركها في هذه الطبيعة المضاربة أشار إليها بعض الفقهاء، فالمضاربة مثلا أوردها ابن قدامة ضمن الشركات، وأعدها نوعا من أنواع الشركات، وقال ابن رشد في إجازة العمل في أحواض الملح بجزء من الخارج، (فهي في معنى المشاركة كالمزارعة)[2]، كما أن الحاجة التي ذكرها الفقهاء لهذه العقود تتضمن معنى المشاركة،

(1) توضح شروط هذه العقود، التي ذكرها الفقهاء فيما يتعلق بانتفاء الجهل اتفاقهم على عدم صحة كراء الأرض بجزء من الخارج منها كالربع، وذلك لجهالة الخارج وقدره، انظر مثلا: الأم للإمام الشافعي 6/4 وما بعدها. المنتقى في شرح الموطأ للباجي 132/5.

(2) البيان والتحصيل لابن رشد 507/8.

فالمضاربة شرعت لتنمية المال بالنماء فيه، كما أشاروا إلى هذا المعنى في المساقاة، والمزارعة، والمغارسة، لأن الأرض والشجر مال، فيمثلان رأس المال، وهذا المال يحتاج للنماء[1].

إن العرض السابق يوضح أن تطبيقات الفقهاء الذين أجازوا هذه العقود تؤيد القول بأن المعقود عليه هو العمل، والشجر، والأرض في هذه العقود ولا يشمل النتاج، وعليه فإن هذه العقود لا تختلف عن الإجارة فيما يتعلق بالجهل لانعدام العمل أثناء العقد، واحتمال استحالة تنفيذ العقد بعدم تمام العمل، وهذا الانعدام لا يفضي للجهل المخل بشرط الصحة، كما يؤيد هذا القول المعاني، والمقاصد التي شرعت من أجلها هذه العقود، والتي منع من أجلها بيع المجهول، فهذه العقود لا تختلف عن الإجارة فيما يتعلق بالجهل، وذلك إذا استبعدت كون النتاج جزء من المعقود عليه، والإجارة لا تعد من باب الاستثناء وفقا لضابط الجهل، ووفقا للراجح من أراء الفقهاء، ووفقا لتطبيقات الفقهاء قولا واحدا.

إن العلم بالعناصر، والأوصاف في هذه العقود تحققه الشروط التي حددها الفقهاء للعمل، ورأس المال في هذه العقود، فالمعقود عليه متصور، ومستحضر في الذهن، وانشغلت به الذمة، وهذا يعني خلو هذه العقود من الجهل المخل بشرط الصحة وفقا لطبيعتها، ولا تعد استثناء من بيع المجهول وفقا لضابط الجهل، وهذا الرأي وإن التقى مع ما ذهب إليه جمهور الحنابلة في النتيجة، إلا أن التبرير يختلف.

3- الجعالة[2].

لقد اتفق الفقهاء الذين أجازوا الجعالة من حيث الإطلاق على جواز أن يكون المعقود عليه مجهولا، ولكن بعيدا عن ظاهر الآراء، نرى أن التطبيقات تدل على خلاف ما ذكر،

(1) الحجة للشيباني 138/2 – 142. عمدة القارئ للعيني 161/12. شرح فتح القدير لابن الهمام 446/8. مواهب الجليل للحطاب 356/5 وما بعدها. إعلام الموقعين لابن القيم 338/1.

(2) تدل أراء الفقهاء، وأحكامهم العملية على اتفاقهم على إجازة الجعالة من حيث التطبيق، إلا أنهم اختلفوا في نطاقها، فحصرهاالظاهرية في مثل رد البعير الشارد، وتوسع فيها المالكية، والشافعية، والحنابلة، بحيث شملت صورا من الإجارة، وجاز للطرفين العقد على هذه الأعمال إجارة، أو جعالة، أما الأحناف، فقد ضمنوا الإجارة والاستصناع أكثر صور الجعالة مضمونا، وحكما، والجعالة عند أكثر الفقهاء استثناء من بيع المجهول، وقد ناقشت هذه المسألة في الباب الأول راجع ص83-86 من هذا البحث.

فبإمعان النظر في تطبيقات الفقهاء يتبين أنهم ركزوا على ثمرة العمل ونتيجته، لا على العمل، وعلى أساسه اعتبروا الجعالة استثناء من بيع المجهول، وأنها تتضمن الجهل المخل بشرط الصحة، وكما يقال بالمثال يتضح المقال.

من الأمثلة التي ذكرها الفقهاء للجعالة حفر البئر على شرط خروج الماء، وبيع الثياب على شرط تمام البيع، والكراء على البلاغ، أي الوصول، فهذه الأعمال يجوز العقد عليها إجارة، وجعالة، وما ذكر من خروج الماء، وبيع الثياب، والكراء على البلاغ هو المقصود الحصول عليه، ولا ينتفع المؤجر بعمل العامل إلا بتحقق هذه النتيجة.

بالرجوع إلى أراء الفقهاء، وتطبيقاتهم في عقد الإجارة يتبين أن المعقود عليه في الأمثلة السابقة لا يختلف حكما، ومضمونا عن العمل الموصوف في الذمة الذي لا يتجزأ، والذي يمثل أحد نوعي الإجارة، فالعمل الموصوف في الذمة الذي لا يتجزأ في الإجارة لا يستحق العامل عنه شيء إلا بتمامه، وهو معرض لخطر العدم، وقد اعتبر أكثر من أجاز الجعالة العمل الموصوف في الذمة ضرب من ضروب الإجارة، واتفقوا على أن العامل لا يستحق شيئا إلا بتمام العمل، إذا وقع الاتفاق عليه، أي لم يقع على عمل معين.

إن الجعالة متداخلة مع الإجارة، فالجعالة لا تختلف في كثير من صورها عن الإجارة على العمل الموصوف في الذمة، كما أن الجهل الذي يكتنف الجعالة لا يندفع بالجعالة، بل الجعالة في كثير من الأحيان تكون أنجح وأقرب للعدالة، ففي حفر البئر إجارة، يضمن العامل أجرته، والمؤجر قد يخسر المنفعة التي دفع أجرتها والأجرة التي دفعها، لأن المنفعة التي هي نتيجة العمل معرضة لخطر الانعدام، أي مجهولة، ولهذا أعطى الفقهاء الذين أجازوا الجعالة الاختيار للمتعاقد بين الإجارة، والجعالة في الأمثلة السابقة، أما من أنكر الجعالة فقد أعطى الخيار للمتعاقد بين العقد على نتيجة العمل، وثمرته، وبين العقد على العمل، وفي الحالة الأولى طبق أحكام الجعالة عند الفقهاء الذين قالوا بجوازها، وأما عدم استحقاق العامل شيئا إلا بتمام العمل، أي إلا بتحقق النتيجة، كما في الإجارة على حمل كتاب ورد جوابه، فإن وقع العقد على رد الجواب، فلا يستحق شيئا إذا وجد من أرسل إليهم قد ماتوا، وهكذا في الأمثلة المتشابهة، وهذه هي الجعالة عند الفقهاء الذين أجازوا الجعالة حكما، ومضمونا، إضافة إلى أنهم استخدموا لفظ الجعل في رد البعير الشارد، وفي المقابل، فإن الفقهاء طبقوا على الجعالة أحكام الإجارة، وذلك في الحالات التي يستفيد فيها رب العمل

من العامل، وهذا يجعل الخلاف في جواز الجعالة خلاف في الإطلاق، أو في حدودها، بل إن بعض عبارات الفقه الحنفي استخدمت لفظ الجعل في رد البعير الشارد[1].

إن الجعالة كغيرها من بيع المنافع كالمساقاة، والمزارعة، والمضاربة، إذا نظرنا إلى ثمرة العمل ونتيجته، واعتبرتا جزءا من المعقود عليه، فهي من باب بيع المجهول، والجهل الذي يكتنفها منهي عنه وفقا لضابط الجهل، ووفقا لمعايير الفقهاء، أما العمل فهو محدد العناصر، والأوصاف، وهي بهذا لا تختلف عن الإجارة فيما يتعلق بالجهل، كما أن الجهل الذي يكتنف الجعالة بالنظر لثمرة العمل لا يندفع بالإجارة، ويقتصر الأمر على نقله من طرف لطرف، أي بدلا من أن يوزع الجهل بين الطرفين، يصبح الجهل في جانب الجاعل فقط، والعامل أجرته مضمونة.

إن عقد الجعالة متداخل مع عقد الإجارة، وقد حصل هذا التداخل حتى عند من أجاز الجعالة، وأعدها عقدا منفصلا عن الإجارة، وقد أشار إلى هذا التداخل بعض فقهاء المالكية، فيقول ابن عرفة الدسوقي بعد ذكره لصور من الإجارة في باب الجعالة: (فهذه الأشياء إجارة لازمة، إلا أن لها شبها بالجعالة، من حيث أنه لا يستحق الكراء إلا بتمام العمل)[2].

يبين العرض السابق أن الجعالة لا تختلف عن المضاربة، والمزارعة في مسألة الجهل، فبالنظر إلى العمل، فهو محدد العناصر والأوصاف، وبالنظر إلى ثمرة العمل ونتيجته، فهي لا تختلف عن المساقاة في انعدام المعقود عليه، والجهل به أثناء العقد، بل إن أكثر صورها لا تختلف عن الإجارة على العمل الموصوف في الذمة عند من أجازها، ومن أنكرها دمجها مع الإجارة، والاستصناع، فالجعالة لا تختلف عن غيرها من بيع المنافع فيما يتعلق بالجهالة، ويترتب على هذا إلحاقها ببيع المنافع في عدم اعتبارها استثناء من بيع المجهول وفقا لضابط الجهل.

---

(1) انظر مثلا: المحلى لابن حزم 8/ 186، 196. المدونة لسحنون 467/4 وما بعدها. البيان والتحصيل لابن رشد 136/8 – 137. بدائع الصنائع للكاساني 184/4، 189، 204، 2/5 وما بعدها. المغني لابن قدامة 416/5، 466، روضة الطالبين للنووي 5/ 212، 357. البحر الزخار للمرتضي 54/5. البناية للعيني 245/10 -246. البيان للعمراني 216/7، 320 – 321. شرح فتح القدير لابن الهمام 9/ 71 وما بعدها. مواهب الجليل للحطاب 452/5 وما بعدها. حاشية الدسوقي لابن عرفة 4/4، 17، 61 – 62.

(2) حاشية الدسوقي لابن عرفة 60/4 – 61.

الباب الثالث

متعلقات الجهل، وأثاره،

وعلاقته بالغرر، وربا البيوع

يحتوي هذا الباب على:

الفصل الأول

متعلقات الجهل، وآثاره

تناولت في الباب الثاني ضابط تحديد الجهل، وانتهيت إلى أن الجهل لا يكون مؤثرا في صحة البيوع، ومخلا بشرط الصحة إلا بأحد أمرين: أولهما عدم ارتباط الرضى بعناصر، وأوصاف المعقود عليه أثناء العقد، وثانيهما عدم صلاحية المعقود عليه لشغل الذمة، ويتحقق هذا إذا تعلق الجهل بأحد العناصر، أو الأوصاف، وهذا يقتضي بيان العناصر، والأوصاف التي يتعلق بها لجهل، وتمنع من تحقق شرط العلم، وأبين في هذا الفصل العناصر، والأوصاف التي يتحقق بها شرط العلم، وينتفي بها الجهل، وهل تكفي معرفة طرف واحد لانتفاء الجهل، أم أنه لابد من تحقق المعرفة من الطرفين، كما أتناول الآثار المترتبة على الجهل في البيوع الزمنية، وغير الزمنية، وما تقرره هذه الأحكام من مبادئ في مجال البيوع، وذلك في مبحثين، المبحث الأول: أناقش فيه العناصر والأوصاف، أما المبحث الثاني فأخصصه لآثار الجهل.

المبحث الأول

متعلقات الجهـل

إن الجهل بالمعقود عليه هو الجهل بالعناصر، والأوصاف، ولا ينتفي الجهل إلا إذا تحقق العلم بالعناصر، والأوصاف، وفي هذا المبحث أحاول من خلال مناقشة أراء الفقهاء وتحليلها بيان العناصر، والأوصاف التي يتعلق بها الجهل المخل بشرط العلم، مع محاولة التوجيه بين الآراء كلما أمكن ذلك، ودون إهمال، للظروف التي وجدت فيها هذه الأحكام، وعند الترجيح أو التوجيه سأركز على التطبيقات في إطار معاني، ومقاصد النهي عن بيع المجهول.

لقد اختلفت أراء الفقهاء في تحقق العلم وفقا لاختلاف المعقود عليه، ويمكن تقسيم المعقود عليه إلى مبيع معين بالذات، أو الإشارة، أو التسمية، وإلى مبيع غير معين، وأتولى بيان ما يحقق العلم حسب كل نوع، أبين هل يشترط في الجهل المخل بشرط الصحة حصوله من الطرفين،أم أنه يخل بشرط الصحة ولو حصل من طرف واحد.

أولا: المعقود عليه المعين بالذات[1].

إن تعيين ذات المعقود عليه يتم إما بالمشاهدة، أو بالإشارة إليه، أو بالتسمية، وقد اتفق الفقهاء على تحقق شرط العلم وانتفاء الجهل إذا تعين المعقود عليه بالمشاهدة، وتحققت بذلك معرفة جميع العناصر، والأوصاف[2]، واختلفوا فيما عدا ذلك إلى عدة اتجاهات، لا تخرج في مضمونها فيما يتعلق بهذه المسألة عن اتجاهين يرجع إليهما غيرهما.

---

(1) يراد بالمعين بالذات، ما حددت فيه ذات المبيع بعينها كهذه الشاة، ولا يكون المعقود عليه المعين بالذات حاضرا لمجلس العقد بالضرورة، فقد يتم تحديد المعقود عليه بالإشارة، أو بالتسمية.

(2) المدونة لسحنون 255/3. المحلى لابن حزم 341/8 - 343. بدائع الصنائع للكاساني 163/5 وما بعدها. بداية المجتهد لابن رشد الحفيد 148/2 - 149، 156. المغني لابن قدامة 581/3 - 582، 142/4 - 143 المجموع في شرح المهذب للنووي 286/9 - 287، وسائل الشيعة للعاملي 361/12. 299 الإقناع للشربيني 2/2 - 3. التجريد لنفع العبيد للبيجرمي 182/2. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 21/4 - 22.

الاتجاه الأول:

يتحقق العلم وتنتفي الجهالة المخلة بشرط الصحة بمجرد تعيين ذات المعقود عليه بالرؤية، أو التسمية، أو الإشارة، ولو لم تتحقق معرفة الأوصاف، وقد ذهب إلى هذا الرأي الأحناف، وقد عبر عن هذا الرأي الكاساني بقوله: (.... وأما العلم بأوصاف المبيع، والثمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات، والجهل به هل هو مانع من الصحة، قال أصحابنا: ليس بشرط الصحة)[1].

إن ظاهر هذه العبارة يدل على أن مجرد تعيين ذات المبيع بالمشاهدة، أو التسمية، أو الإشارة تكفي لانتفاء الجهل بصرف النظر عن تحقق العلم بالأوصاف من عدمها، ولكن إذا رجعنا إلى التطبيقات نجد الأمر يختلف، والمقصود هنا ظاهر العبارة، ومن ذلك ما ذكره الكاساني في مسألة الثوب إذ يقول: (.. أو قال بعتك هذا الثوب الهروي بكذا، فإذا هو مروي لا ينعقد البيع في هذه المواضع، والمبيع معدوم، والأصل في هذا أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا في باب البيع بما يصلح محل البيع ينظر إن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى، فالعبرة للتسمية، ويتعلق العقد بالمسمى، وإن كان من جنسه لكن يخالفه في الصفة، فإن كان التفاوت فاحشا، فالعبرة للتسمية أيضا)[2].

من خلال إمعان النظر في النصين أستخلص ما يلي:

1- إن رؤية أو مشاهدة المبيع المعين بالذات، أو الإشارة إليه، أو تسميته ليست مقصودة لذاتها، وإنما هي لتحقيق العلم، والمعرفة بحدود المبيع، أي تحديد عناصره، وأوصافه، فاختلاف الجنس، أو اتفاق الجنس مع اختلاف الصفة يؤدي إلى الجهل، إذا أدى اختلاف الصفة إلى تفاوت في المبيع غير معتاد، ولو تمت الإشارة إليه، أو تسميته، وتقديم التسمية على الإشارة دليل على أن المراد بالعلم المانع من الجهل هو ما رضي به المتعاقدان، وحدده الاتفاق والمساومة.

2- إن عدم اشتراط العلم بالصفات بعد تعيين الذات بالمشاهدة، أو التسمية، أو الإشارة يمكن حمله على أن تعيين ذات المبيع بالتسمية، أو الإشارة، أو التسمية في الأصل يقتضي العلم

---

(1) بدائع الصنائع للكاساني 163/5.

(2) نفس الرجع140/5.

بالجنس، والنوع، والقدر، والأوصاف التي يتفاوت بسببها أفراد هذا المبيع، وإن وجد نقص وصف لا يطلع عليه عادة بمجرد المشاهدة، أو الرؤية، فتطبق عليه أحكام بيع المعيب، وهي تختلف عن بيع المجهول، كما قد أوضحت في السابق.

إن القول بصحة العقد بمجرد تحديد ذات المعقود عليه بالمشاهدة، أو التسمية، أو الإشارة، وإن آثار جدلا في المبيعات الحديثة، إلا أنه في المبيعات السائدة زمنهم المعتاد والغالب، فالعناصر والأوصاف تحدد غالبا بتعيين ذات المبيع، سواء تم هذا التحديد بالمشاهدة، أو الإشارة، أو التسمية، لأن هذا يحدد، ويعين المعقود عليه في الذهن، أما احتواء المعقود عليه على عيب خفي غير ظاهر، أو غير معتاد لا يعد من الجهل المخل بشرط الصحة.

يدل النصان السابق الإشارة إليهما بأن تعيين ذات المبيع بالمشاهدة، أو التسمية أو الإشارة يراد لتحقيق المعرفة بالمعقود عليه، بما يحقق العلم بالعناصر، والأوصاف، والنافي للجهالة المانعة من الصحة، والقول بصحة البيع من حيث المبدأ بمجرد تعيين ذات المبيع بالرؤية، أو التسمية، أو الإشارة حكاية واقع، وأن العبرة عندهم بانتفاء الجهل، ومعه يدور الحكم وجودا وعدما، فإذا انتفى الجهل وتحققت المعرفة صح البيع، وإذا لم تتحقق المعرفة ولم ينتف الجهل لم يصح البيع، والإشارة، والتسمية، والرؤية ما هي إلا وسائل لتحقيق العلم، وانتفاء الجهل، ولقد وافق الشافعية في المشهور عندهم ما يدل عليه ظاهر قول الأحناف من صحة البيع، إذا تعينت ذات المبيع بالمشاهدة، وخالفوهم في الإشارة، والتسمية، لأن ظاهر آرائهم تدل على أن الرؤية مقصودة لذاتها، وأن العلم يحصل بمجرد الرؤية[1]، جاء في المجموع، (إذا رأى فصا، يعلم أنه جوهر، أو زجاج، فاشتراه فوجهان، حكاهما المتولي... أصحهما يصح لوجود العلم بعينه)[2]، وجاء في الإقناع، (البيوع ثلاثة أشياء، أي أنواع... الأول بيع عين مشاهدة، أي مرئية، فجائز لانتفاء الغرر... الثالث بيع عين غائبة عن مجلس العقد، أو حاضرة لم تشاهد، فلا يجوز للنهي عن بيع الغرر)[3].

---

(1) هذا وفقا لظاهر قولهم بعدم صحة بيع الغائب مطلقا من حيث المبدأ، وقد ناقشت رأيهم هذا في الفقرات السابقة، راجع ص56 من هذا البحث.

(2) المجموع في شرح المهذب للنووي 299/9.

(3) الإقناع للشربيني 2/2-3.

إن القول بأن المشاهدة تكفي لتحقق العلم وفقا لظاهر رأي الأحناف، ومن وافقهم في حالة عدم قبول التوجيه السابق لا أرجحه لعدة أسباب أهمها:

-1 تعارض ظاهر الآراء مع التطبيقات، وقد سبق عرض نموذج من هذا التعارض، ولا يزال هذا التعارض إلا بالتوجيه السابق.

-2 إن البيوع المنهي عنها، والمتفق على عدم صحتها للجهل تنقض القول بأن الرؤية، أو المشاهدة مرادة لذاتها، وليست لتحقيق معنى، فلم تصحح الرؤية، والمشاهدة العقد في بيع الملامسة والمنابذة، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه، وذلك لعدم انتفاء الجهل بمجرد الرؤية، والمشاهدة، وقد سبق بيان اتفاق الفقهاء على عدم صحة هذه البيوع، وأن علة عدم الصحة هي الجهل، وقد أوضح الباجي[1] هذا المعنى بقوله: (إن الذي يحتاج إليه كل صفة مقصودة، تختلف الأغراض باختلافها، وتختلف الأثمان بوجودها، وعدمها، ولا يكفي في ذلك ذكر الجنس، والعين فقط، لأن بيع الملامسة والمنابذة لا يعرى عن رؤية العين، ومعرفة الجنس، ومع ذلك لا يجوز) [2].

-3 إن بعض المسائل العملية، والتي عرضها أنصار هذا الرأي الذين توسعوا في شرح هذا الشرط تنقض القول بأن الرؤية مرادة لذاتها، ومن الأمثلة التي عرضها فقهاء الأحناف البيع بالرقم، وعدم إجازة أبي حنيفة للبيع إذا علم التفصيل وجهلت الجملة، ورأى المتعاقدان المعقود عليه، فالمبيع هنا مشاهد، ولكن المشاهدة لم تنف الجهل، لهذا الرؤية لم تصحح العقد.

-4 ربطهم للجهل بالمنازعة وجودا، وعدما، فكثيرا ما نجد عبارة هذه الجهالة مانعة من الصحة للمنازعة، وهذه لا تمنع من الصحة لعدم المنازعة، وهذا يقتضي ربط الجهالة المترتبة على عدم المشاهدة بالمنازعة وجودا، وعدما، فكلما حققت الرؤية العلم المانع من المنازعة صح العقد، لانتفاء الجهل، والعكس.

-5 إن المعاني التي من أجلها نهى الشارع عن بيع المجهول لا تحققها الرؤية لذاتها،

---

(1) الباجي هو سليمان بن خلف بن أيوب التجيبي القرطبي، توفي عن إحدى وسبعين سنة، تفقه على أبي الطيب الطبري، برز في الفقه والأصول، والنظر، توفي سنة 474 هـ. شذرات الذهب لابن العماد 344/3 - 345..

(2) المنتقى للباجي 286/4..

فالرؤية، وذكر جنس المبيع أو تسميته، أو الإشارة إليه دون معرفة الأوصاف قد لا تمنع من المخاطرة، والمقامرة عند تقييم المبيع، مما يترتب عليها أكل أموال الناس بالباطل، كما أن الرضى لا يتحقق بمجرد الرؤية، أو التسمية، أو الإشارة، لأن الرضى لا يتحقق إلا بمعرفة عناصر، وأوصاف ما رضي به، وقد ظهر هذا أكثر في المبيعات الحديثة، حيث نجد المطابقة الكاملة في الشكل، والجنس للمبيع، إلا أن اختلاف بلد الصنع، والعلامة التجارية، وما يتبع ذلك من اختلاف المواصفات يجعل التفاوت في القيمة اختلافا كبيرا، قد يصل إلى الأضعاف، ومن أمثلة ذلك الأجهزة الإلكترونية، وقطع غيار السيارات، حيث أن الفارق بين الصناعات اليابانية، والصينية المقلدة كبير في المواصفات، والكفاءة، والسعر، فالقول بصحة البيع بمجرد تعيين ذات المبيع بالرؤية، أو التسمية، أو الإشارة دون ذكر بلد الصنع لا يخلص البيع من المقامرة، والمخاطرة ولا يمنع من المنازعة، وهذه المعاني اتفق أنصار هذا الرأي، وأنصار الاتجاه الأخر على أنها معاني النهي عن بيع المجهول[1].

العرض السابق يوضح أن القول بانتفاء الجهل بتعيين المبيع، بالمشاهدة، أو التسمية أو الإشارة دون حاجة لذكر الأوصاف يمكن توجيهه، باعتباره حكاية واقع، وأن تعيين الذات بما ذكر تنتفي به الجهالة، بحسب الأصل، ولكن إذا لم تحقق هذه الوسائل المعرفة بالعناصر، والأوصاف، فلا تنتفي الجهالة، وفي حالة عدم قبول هذا التوجيه، فلا أرجح هذا القول، لنقضه بتطبيقات أنصار هذا الاتجاه.

الاتجاه الثاني:

إن تعيين ذات المبيع بالمشاهدة، أو بالتسمية، أو بالإشارة ينظر إليه من خلال تحقيقه لمعنى، وهو معرفة عناصر المعقود عليه وأوصافه، لأن الجهالة لا تنتفي إلا بالمعرفة.

إن النظر للمشاهدة من خلال ما تحققه من تعيين عناصر المبيع، وأوصافه دلت عليه نصوص الفقه المالكي، وتضمنته التطبيقات التي ذكرها فقهاء المذهب في شرحهم لشرط العلم بالمبيع،

---

(1) بدائع الصنائع للكاساني 138/5 وما بعدها. المجموع في شرح المهذب للنووي 288/9، 299. شرح فتح القدير لابن الهمام 259/6 وما بعدها. الروضة البهية للعاملي 3/ 308 – 312. الروض النظير للسياغي الصنعاني 285/3 وما بعدها. الإقناع للشربيني 2 /2-3.

وخلو البيع من الجهل، وكذلك الأمر في التعيين بالإشارة، والتسمية، ومن هذه النصوص مثلا، ما جاء في المدونة، (الأصحاب جلهم لا ينعقد البيع إلا بأحد أمرين، إما على صفة توصف له، أو على رؤية قد عرفها)[1].

وجاء في المنتقى، (إن الذي يحتاج إليه كل صفة مقصودة تختلف الأغراض باختلافها، وتتفاوت الأثمان بوجودها وعدمها، ولا يكفي في ذلك ذكر الجنس، والعين فقط، لأن بيع الملامسة، والمنابذة لا يعرى عن رؤية العين، ومعرفة الجنس، ومع ذلك لا يجوز)[2].

إن عبارة المدونة شرطت المعرفة بالرؤية، كما أن عبارة الباجي واضحة في الدلالة على أن الرؤية لا تقصد لذاتها، بل تضمنت ردا على من يقول بأن مجرد الرؤية والتعيين للذات ينفي الجهل، ومصادر الفقه المالكي عموما لم تخرج عما دلت عليه عبارة المدونة والباجي، وإن اختلف أسلوب العرض، كما أن التطبيقات التي عرضها فقهاء المذهب مرتبطة بهذا المعنى وجودا، وعدما، حيث اعتبر التعيين نافيا للجهل كلما تحققت المعرفة بالعناصر، والأوصاف، واعتبر البيع مجهولا كلما تخلف هذا المعنى، ولو تعينت ذات المبيع، وشاهده المتعاقدان، أو أشارا إليه، أو سمياه، والأمثلة على هذا كثيرة، ومنها ما ذكره الباجي، كبيع الملامسة، والمنابذة وكشراء حضري بحاضرة بمكيال بادية يجهله، فقد نقل الاتفاق على عدم صحته للجهالة[3]، فتعيين ذات المبيع بالمشاهدة، أو بالتسمية، أو بالإشارة في الأمثلة السابقة لم ينتف بها الجهل.

لقد وافق المالكية في هذا الظاهرية، وبينوا أن المراد هو تحقق الرضى التام، وهو لا يتعلق إلا بمعلوم، والمشاهدة للمعين بالذات، أو التسمية، أو الإشارة ما هي إلا وسائل تراد لهذا المعنى، كما وافق المالكية في القول بأن العبرة بتحقق العناصر، والأوصاف الشافعية في غير المشهور عندهم، جاء في المجموع، (... إذا رأى الثمن هل تفتقر صحة البيع إلى ذكر الصفات أم لا ؟، فيه ثلاثة أوجه... الأول لا يصح حتى

(1) المدونة لسحنون 255/3.

(2) المنتقى للباجي 286/4.

(3) المقدمات لابن رشد 73/2. مواهب الجليل للحطاب 274/4 وما بعدها. منح الجليل لعليش 405/4 وما بعدها. بلغة السالك للصاوي 9/2 وما بعدها.

تذكر جميع الصفات، والثاني لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة)، ويقول أيضا: (إذا رأى فصا لا يعلم أنه جوهر، أو زجاج فاشتراه، فوجهان، حكاهما المتولي، أحدهما لا يصح لأن مقصود الرؤية انتفاء الغرر)[1].

لقد أوضح النووي في الشرح، أن ارتباط الرؤية بانتفاء الغرر غير مشهور في المذهب، والمشهور خلافه، وقد سبق بيان، ومناقشة المشهور عند الشافعية في الفقرة السابقة، أما الحنابلة فإن تطبيقهم لمعيار الموازنة بين المصلحة، والمفسدة، وتحديد الجهل المخل بشرط الصحة بناء على قاعدة الموازنة، وقولهم بأن المعدوم لم ينه عنه لذاته، يدل دلالة واضحة على ربطهم للتعيين بالوسائل السابق الإشارة إليها بالمعرفة، فهم يلتقون مع المالكية فيما ذهبوا إليه، وتطبيقاتهم تؤيد هذا الرأي[2].

أن اعتبار المشاهدة، والتسمية، والإشارة في المعين بالذات وسائل لمعرفة عناصر المبيع، والأوصاف هو الذي أرجحه، وذلك لعدة أسباب أهمها:

1- عدم نقض هذا الرأي بالتطبيقات، ولا البيوع المتفق على عدم صحتها للجهل، لورود النهي عنها بالسنة، والتي اتفق الفقهاء على أن معنى النهي فيها هو الجهل، كبيع الملامسة والمنابذة، حيث أن تعيين ذات المبيع، ومشاهدته لم تنف الجهل.

2- إن هذا الرأي يحقق معاني النهي عن بيع المجهول، وأهمها تخليص البيوع من المقامرة، والمخاطرة نتيجة الجهل ببعض العناصر، أو الأوصاف، والتي تختلف بسببها الأغراض والقيمة، وهذا يؤدي إلى الاحتمال، والتوقع، والمخاطرة عند التقييم، كما أن هذا الرأي يقضي على مادة المنازعة، حيث أنه يشترط في وسائل التعيين تحقق المعرفة، بحيث يتصور المتعاقدان المعقود عليه، ويستحضرا صورته، وتحدد معالم هذه الصورة، وتنشغل بها الذمة، وهذه الصورة يمكن الرجوع إليها عند الاختلاف.

3- إذا كانت المشاهدة، أو الإشارة، أو التسمية تحقق العلم بالعناصر، والأوصاف في المبيعات التقليدية عادة، كما في الأنعام والملابس، فإن الأمر يختلف في المبيعات الحديثة،

---

(1) المجموع في شرح المهذب للنووي 288/9، 299.

(2) لقد ناقشت اعتماد الحنابلة على معيار الموازنة بين المصالح، والمفاسد، وقولهم بأن بيع المعدوم لم ينه عنه لذاته، وما ترتب على هذا القول من نتائج في الباب الأول راجع ص56-61من هذا البحث.

خاصة وأن الفرق في السعر يفوق الفرق في اختلاف الجنس، أو النوع أحيانا، ولا يمكن معرفة الأصلي من المقلد إلا بالخبرة، أو التجربة الطويلة، فلا ينتفي الجهل، ومعانيه إلا بالمعرفة، فالسعر عند الجهل بأوصاف المبيع التي لا تحققها الوسائل السابقة لا يخلو من المخاطرة، والمقامرة، فالسعر الذي يضعه المشتري لآلة تصوير مثلا لا يعرف الشركة المصنعة لها سيكون أقل من السعر الأصلي، لاحتمال أن تكون الآلة مقلدة، والبائع لن يرض بسعر المقلد، لاحتمال أن تكون أصلية، عند ثبوت المثل، أو قيمته، فالمشتري من صالحه أن يدفع مثل، أو قيمة المقلد، والبائع بالعكس فتحصل المنازعة، ولم تعرف حقيقة الشيء التي تناولها الاتفاق حتى يتم إلزام الأطراف بها، فالبيع لا ينفي الجهل إلا إذا تحققت المعرفة.

-4 عدم رجاحة القول بأن مجرد تعيين ذات المبيع بالمشاهدة، أو التسمية، أو الإشارة يكفي لانتفاء الجهل، و بصرف النظر عن تحقق المعرفة، وذلك لما عرضته من أسباب عند عرض أراء أنصار هذا الاتجاه.

ثانيا: المعقود عليه غير المعين[1].

لقد اتفق الفقهاء على جواز بيع غير المعين بالذات إذا علمت عناصره، وأوصافه أثناء العقد، وحصلت الرؤية، واختلفوا في الغائب عن مجلس العقد[2]، ويمكن إجمال أراء الفقهاء في هذه المسألة في اتجاهين هما:

الاتجاه الأول:

يرى أنصار هذا الاتجاه صحة العقد على المعقود عليه غير المعين بالذات إذا تحقق العلم بعناصر المعقود عليه، وأوصافه، وبصرف النظر عن تحقق الرؤية من عدمها، فالرؤية وسيلة لمنع الجهل، وينظر إليها من خلال هذه الغاية، فإذا تحققت الغاية صح البيع، ولو كان المبيع

(1) يراد بعدم التعيين هنا عدم تعيين ذات المبيع، وإن عين بالوصف.

(2) لقد خالف فقهاء الشافعية في المشهور عندهم بقية الجمهور في القول بصحة بيع الغائب على الصفة من حيث المبدأ، إلا أن تطبيقاتهم تنقض هذا القول، وقد ناقشنا هذه المسألة في أكثر من موضع، فلا حاجة للتكرار راجع مثلا ص55، 61، 80 وما بعدها. من هذا البحث.

غائبا عن مجلس العقد، ولا فرق عندهم بين المبيع المعين بالذات والمعين بالوصف، وهذا قول الأحناف، والمالكية، والمشهور عند الحنابلة، والظاهرية، والشيعة، وغير المشهور عند الشافعية، والنصوص الفقهية صريحة في هذا، والتطبيقات أكثر وضوحا في دلالتها على ارتباط صحة البيع في غير المعين بالذات بتحقق العلم بالعناصر، والأوصاف، والأمثلة على أن الرؤية غير مقصودة لذاتها كثيرة منها، بيع السلم، بيع الغائب على الصفة، فعدم الرؤية هنا لم تمنع من صحة العقد، وقد اتفق أنصار هذا الرأي على صحة بيع السلم، والغائب على الصفة.

إن النصوص الفقهية لأنصار هذا الاتجاه تدل ظاهرا، ومضمونا على انتفاء الجهل في المعقود عليه غير المعين بمجرد تحديد العناصر، والأوصاف، وبصرف النظر عن حصول الرؤية من عدمها، وكانت التطبيقات مؤيدة لهذا القول، ولكن ما هي العناصر والأوصاف التي تحقق العلم وينتفي بها الجهل ؟.

لقد ذكر الفقهاء العناصر، والأوصاف التي تحقق العلم وتنفي الجهل وفقا لظروف وطبيعة التبادل التجاري زمنهم، فقد اتفقوا من حيث المبدأ على أن العناصر التي تحقق العلم، وتنفي الجهل هي الجنس، والنوع، والمقدار، وتعرضوا لخصوصيات بعض العقود عند بيانهم لشرط العلم، كالزمن في الإجارة، وما في حكمها، أما الأوصاف، فقد تركوا تحديدها للعرف، وتعرضهم لبعض الأوصاف هو تحقيق للمناط في المسألة المعروضة للنقاش، أو لبيان الحكم، ولهذا نجد تكرر عبارة الأوصاف المقصودة عادة، والعادة هي العرف[1].

إن اتفاق أنصار هذا الاتجاه على هذا الأصل لا ينقضه اختلافهم في بعض التطبيقات، لأن ذلك راجع لاختلافهم في تقدير ما يحقق العلم بالعناصر، أو في تقدير الصفة هل هي مقصودة، فالجهل بها يفضي للمنازعة، أم أنها غير مقصودة فالجهل بها لا يفضي للمنازعة، أو لأن العرف السائد يختلف، لهذا اختلف الحكم، ونضرب أمثلة لهذا الاختلاف مع محاولة توجيهه.

---

(1) المحلى لابن حزم 338/8 وما بعدها. المقدمات لابن رشد 76/2 - 77. بدائع الصنائع للكاساني 156/5، 263 وما بعدها. المغني لابن قدامة 282/3 - 283. المجموع في شرح المهذب للنووي 288/9، 292. شرح فتح القدير لابن الهمام 468/5. المبدع في شرح المقنع لابن مفلح 24/4 - 25. وسائل الشيعة للعاملي 254/12، 361. المختصر النافع للحلي ص 119.

من الأوصاف التي اختلفوا فيها، وصف الحلب في الشاة، هل هو وصف مقصود أم لا، فذهب بعضهم إلى أنه وصف مقصود، لأن الشاة قد تقصد للحلب، وقد تقصد للحم، فوجب البيان، ومنهم من قال بأن الشاة لا تقصد لهذا عادة، ويمكن توحيد وجهتي النظر، بأن الاتجاه الأول السائد عندهم، أو أن طبيعة أغنامهم لا تقصد للحلب عادة، والاتجاه الثاني السائد عندهم، أو طبيعة أغنامهم لا تقصد إلا للحم عادة، وعندنا مثال حي في الدول العربية، إذ نجد أن الشاة الليبية قليلة الحليب عادة، وهي لا تقصد في الغالب إلا للحم عادة، بخلاف الشاة السورية، فهي تشتهر بغزارة الحليب، ومهما يكن الأمر، فإن الاختلاف يرجع لاختلافهم في التقدير.

ومن المسائل التي اختلف فيها أنصار هذا الاتجاه في تقدير ما يحقق العلم بالعناصر، اختلافهم في تحديد المقدار بالتخمين، هل يتحقق به انتفاء الجهل، أم لا ؟

إن للمقدار أداته المعتادة في التعامل التجاري، وهي الكيل في المكيل، والوزن في الموزون، والعد في المعدود، ولا خلاف بين الفقهاء في تحقق العلم بالتقدير بالأداة المعتادة، إلا أنهم اختلفوا في تحقق العلم، وانتفاء الجهل بالتقدير بغير أداته، فذهب بعضهم إلى انتفاء الجهل بالتقدير ولو بغير أداته، كملء هذا الصندوق حنطة، ومنهم من اشترط التقدير بأداته، ومنع البيع في الصورة السابقة، فالخلاف في تقدير ما يحصل به العلم بالمقدار، وهذا سبب اختلاف الفقهاء أيضا في اعتبار التقدير جزافا استثناء، ويجب التقيد بحدود الاستثناء، والاقتصار على حالة المشقة في التقدير بأداته المعتادة، أم أنه أصل، ويجوز التقدير بالتخمين بدون شرط المشقة في التقدير بالأداة المعتادة[1].

إن عناصر تحقق العلم عند أنصار هذا الاتجاه هي النوع، والجنس، والمقدار، وهي التي بسببها تختلف الأغراض، والجهل بها مخل بشرط الصحة، ولا ينظر إلى وسائل تحقيق العلم كالرؤية، إلا من خلال تحقق العلم بهذه العناصر، أما الأوصاف المقصودة عادة فهي تختلف من عقد لعقد، وتختلف حسب طبيعة المبيع، كما أن الأعراف، والظروف الاقتصادية لأي

(1) المغني لابن قدامة 4/ 114، 139 - 140. المجموع للنووي 298/9، 318 - 321. مواهب الجليل للحطاب 385/4 وما بعدها. شرح فتح القدير لابن الهمام 470/5 - 471. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 21/4.

مجتمع لها دور في تحديد الأوصاف المقصودة عادة، وهذا يعطي مرونة أكثر لأحكام المعاملات، حيث أن العبرة بالمضمون، والمعنى، لا بالشكل والإطار الخارجي للمعاملة.

إن رؤية المبيع وفقا لأنصار هذا الاتجاه لا ينظر إليها إلا من خلال تحقيقها للعلم بالجنس، والنوع، والمقدار، وكل وصف مقصود وفق الظروف، والأعراف، وتحديدهم لهذه العناصر هي حكاية واقع، وبناء عليه فأي عنصر لأي معاملة يستحدثها التعامل التجاري، ويكون هذا العنصر أساسي يأخذ حكم هذه العناصر.

الاتجاه الثاني:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الجهل في بيع غير المعين الموصوف لا ينتفي إلا بالرؤية، وذلك لأن الوصف لا يحدد كالحس، بل إن بعض فقهاء الشافعية بالغوا إلى حد أن اعتبروا الرؤية شرط منفصل عن العلم، والقول بضرورة تحقق الرؤية لصحة البيع هو المشهور عند فقهاء الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد، إلا أن هذه الرواية غير مشهورة عند فقهاء الحنابلة، ولقد اتفق أنصار هذا الاتجاه على أن الجنس، والنوع، والمقدار، والزمن في العقود الزمنية من العناصر التي يعد الجهل بها مفض للمنازعة، ويتحقق العلم بالمقدار بأداته، وبالتخمين، وله حكم التقدير بأداة التقدير، واختلفوا في الصفات الواجب ذكرها لتحقق العلم بالمبيع مع الرؤية، فذهب بعضهم إلى أن العلم يتحقق بذكر الصفات المقصودة عادة، وذهب بعضهم إلى أن العلم لا يتحقق إلا بذكر جميع الصفات[1].

إن هذا القول مبني على عدم صحة بيع الغائب على الصفة إلا استثناء، كما في بيع السلم، لأن الفارق بين العلم المتحقق بالحس، والعلم المتحقق بالوصف يترتب عليه جهل مخل بشرط الصحة، ويرد على هذا القول ما يلي:

1- الأسباب التي ذكرتها لعدم صحة بيع المعين بالذات الغائب، ونحيل القارئ إلى تلك الأسباب.

(1) البيان للعمراني 80/5 -82. المجموع في شرح المهذب للنووي 288/9، 299. مغني المحتاج للشربيني 16/2. حواشي المحتاج للشرواني وغيره 234/4، 250، 253.

-2 من خلال الإطلاع على مصادر الفقه الشافعي نجد أنهم اعتبروا الغرر هو سبب عدم صحة بيع الغائب، وذلك نتيجة الجهل المترتب على نقص الوصف الذي يدركه الحس، ولا يمكن أن يزيله الوصف، وهذا يدل على أن الرؤية ليست مقصودة لذاتها، وذكرها هو حكاية واقع وفق تقديرهم للأوصاف المعتبرة.

-3 إن السلم أصل، وليس استثناء، كما سبق وأن أوضحت، والمعقود عليه في السلم غائب عن مجلس العقد، وموصوف، ولا تتحقق فيه الرؤية، وقد اتفق فقهاء الشافعية على صحته.

-4 إن تطبيقات هذا الاتجاه تدل على أن الرؤية لمنع الجهالة المفضية للمنازعة، ولهذا أجازوا بعض البيوع مع عدم الرؤية، ومنعوا بعض البيوع مع حصول الرؤية، وبإمعان النظر في هذه التطبيقات نجد أن الجهالة المخلة بشرط الصحة هي أساس صحة العقد، وبطلانه، فما خلا من الجهالة صح، ولو كان غائبا عن العقد، وما احتوى على الجهالة بطل مع الرؤية، ومن أمثلة ذلك، رؤية بعض الصبرة تكفي في تحقق العلم عن رؤية بقيتها إذا كانت متماثلة، ولو كانت العبرة بالرؤية، لصح العقد فيما وقعت عليه الرؤية فقط، وفي المقابل بيع الملامسة، والمنابذة، فقد اتفق فقهاء الشافعية على بطلانه، فالرؤية هنا لم تصحح العقد[1].

-5 إذا كانت الرؤية هي المعيار، وبها ينتفي الجهل، فما هي ثمرة ذكر الصفات، والعناصر الواجب تحقق العلم بها لصحة البيع، كالنوع، والجنس، والمقدار.

يبين العرض والتحليل السابق رجاحة القول بصحة بيع غير المعين بالذات، إذا علمت عناصره، وأوصافه، ويعد النوع، والجنس، والمقدار، والزمن في العقود الزمنية من أهم العناصر، ويجوز قياس عليها كل ما في معناها مما يستحدثه تطور التعامل التجاري، والمقدار يجوز تقديره بأداته المعتادة، وبالتخمين، أي الحزر، أما الأوصاف المقصودة، فتختلف باختلاف المبيع، والظروف، والأعراف، وطبيعة العقد.

(1) لقد عرضت بعض التطبيقات في الفصل الأول، أما عقد السلم، فقد بينت في الباب الثاني من هذا البحث دلالة التطبيقات على أنه أصل، ورجاحة الأراء النظرية بأنه أصل راجع ص 124وما بعدها من هذا البحث.

إن القول بصحة البيع إذا حددت عناصره، وأوصافه هو الذي أرجحه، وذلك لعدة أسباب أهمها:

-1 المبررات التي ذكرتها في ترجيح القول بأن الرؤية غير مقصودة لذاتها في بيع المعين بالذات، وما ورد على القول بعدم صحة بيع الغائب غير المعين بالوصف من نقض.

-2 ملائمة هذا القول لتطور الحياة الاقتصادية، وذلك لما يتمتع به من مرونة، ولمعقوليته، حيث أن تحديد عناصر المعقود عليه، وأوصافه يمنع من المنازعة عند الاختلاف، وذلك لوجود صورة للمعقود عليه يرجع إليها للحكم بمثلها أو قيمتها، كما أن التقييم تم بناء على عناصر، وأوصاف محددة أثناء العقد، فهو خال من الاحتمال والتوقع، وما يترتب عليهما من مخاطرة، ومقامرة، وبهذا ينتفي الجهل لانتفاء علله، ومعاني النهي عنه.

-3 تحقق العلم، وانتفاء الجهل وفقا لضابط تحديد الجهل، وقد أوضحت تأصيل هذا الضابط، وأسانيد الاعتماد عليه، ومؤيداته من أراء الفقهاء وتطبيقاته.

هذه أهم الأسباب التي حملتني على ترجيح القول بصحة البيع إذا حددت العناصر، والأوصاف، وحصر الفقهاء العناصر في الجنس، والنوع، والمقدار هي حكاية واقع، وبناء عليه، فإنه يمكن استحداث أي عنصر في أي مبيع استحدثه التطور الصناعي، إذا كان هذا العنصر تختلف بسببه الأغراض، والتقييم.

هذه أهم الآراء في تحديد ما يحقق العلم، وينفي الجهل، ولكن هل يكفي علم أحد المتعاقدين لانتفاء الجهل، أم لابد من علم المتعاقدين لانتفاء الجهل، أي هل العلم من طرف واحد يمنع الجهل أم لا ؟.

الجهل بالمعقود عليه من طرف واحد.

لا خلاف بين الفقهاء في بطلان العقد إذا كان الجهل من الطرفين، أما إذا كان الجهل من طرف واحد، فالراجح عند الفقهاء هو بطلان العقد، وله حكم الجهل من الطرفين، إلا أن هناك من أجاز العقد إذا كان الجهل من طرف واحد، وعلم الطرف الأخر بالمعقود عليه علما ينفي الجهالة المبطلة للعقد، وفقا للتحديد السابق لها، وهذا رأي وإن اتفقت كلمة الفقهاء على

عدم رجاحته، إلا أنه لا يخلو من وجاهة، وأحاول توجيه، ودراسة هذا الرأي دراسة تحليلية في إطار الجهل، وفقا لضابط تحديد الجهل، ومن خلال معاني النهي عن بيع المجهول.

إن أكثر من فصل القول في هذه المسألة هم فقهاء المالكية، بل إن منهم من ذكر بأن القول بصحة البيع إذا كان الجهل من طرف واحد قول واحد، ولم يحك فيه خلافا، ولم نجد إشارة لهذا الرأي إلا بطرف خفي في بعض مصادر الفقه الحنفي، والشافعي، أما مصادر الفقه الحنبلي، فقد صرحت باشتراط تحقق العلم من الجانبين لانتفاء الجهل[1].

إن علم أحد المتعاقدين بالمعقود عليه، ووجود صورة محددة معلومة العناصر، والأوصاف، وتصلح لشغل الذمة كاف في منع المنازعة، حيث أن هذه الصورة للمعقود عليه يمكن الرجوع إليها عند الاختلاف، وعلى أساسها تحدد الالتزامات، والطرف العالم بها قبل بالعقد دون مقامرة، ولا مخاطرة عند التقييم، أما الطرف الجاهل بالمعقود عليه، فالخيار يخلص العقد من المقامرة، والمخاطرة، وذلك إذا كان التقييم لا يتناسب مع المعقود عليه، كما أن وجود صورة محددة يمنع المنازعة، فهو بالخيار بين الرضى بالعقد وفق التقييم السابق، أو رفضه، لا تعديل أحكامه، وإلا نكون أمام عقد جديد، وبإمعان النظر في حالة الجهل من جانب واحد نجد أنها لا تختلف عن حالة العيب، فيما يتعلق بالجهالة المفضية للمنازعة، وما يترتب على هذه الجهالة من مقامرة، ومخاطرة، حيث أن عوض المبيع في حالة العيب لم يعرف مناسبته للمبيع من عدمها حسب تقدير المتعاقد، ووفقا للحالة التي عليها المبيع، وهنا المتعاقد الذي استلم الشيء المعيب قد يرضى بدفع هذا المقابل للمبيع إذا علم بحالته الحقيقية، وقد لا يقبل، ولهذا جعل له الخيار لإعادة التقييم، وفقا للعناصر، والأوصاف التي عليها المعقود عليه بعد علمه بها، فإذا كان المعقود عليه بالعيب يشبع الرغبات، ويقابل العوض، حسب تقدير المتعاقد، ورضي به صح البيع، وإلا بطل البيع، وكذلك الحال هنا، إذ أن المعقود عليه له صورة لها عناصر، وأوصاف يعلمها أحد المتعاقدين، ويكون البيع ملزما بالنسبة له، وهذه الصورة للمعقود عليه يعيد الطرف الجاهل تقييمها بعد علمه بأوصافها، وعناصرها في إطار العوض السابق، وبالشروط السابقة، فإن رضي الصفقة صح البيع، وإلا بطل البيع، فاتحاد

(1) البحر الرائق لابن نجيم 296/5. مواهب الجليل للحطاب 274/4. حواشي الشرواني للشرواني وغيره 250/4. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 21/4. حاشية الدسوقي للدسوقي 15/2.

الصورتين في معنى الجهالة واضح، لهذا اعتبر أنصار هذا الرأي الجهالة من جانب واحد نوع من الغش، والخديعة، وهما من مقتضيات العيب عادة.

إن الذين قالوا بصحة البيع إذا كان الجهل من جانب واحد نظروا للجهل من خلال إفضائه للمنازعة من عدمها، واعتبروا أن علم أحد المتعاقدين بالمعقود عليه يمنع حصول المنازعة، وذلك لوجود صورة محددة للمعقود عليه، يمكن الرجوع إليها عند الاختلاف، أما الضرر الواقع على الطرف الجاهل بافتراض وقوعه نتيجة الجهل، فيمكن إزالته بالخيار، وقدموا مصلحة إجازة العقد على إبطاله، خاصة إذا لم يكن هناك اتفاق على حصول الجهل، ولهذا اشترط بعضهم لصحة البيع عدم العلم بالجهل، والدخول عليه.

إن القول بصحة البيع إذا كان الجهل واقع من طرف واحد لا يخلوا من وجاهة، وأساس من صحح البيع هو مشابهته لبيع المعيب إلى حد بعيد فيما يتعلق بالجهالة، خاصة إذا كان الطرف الأخر لم يعرف بجهل صاحبه، كما أن معاني النهي عن الجهل تبرر إجازته.

إن العرض والتحليل السابق يبين وجاهة القول بصحة العقد إذا كان المعقود عليه معلوما من قبل أحد الأطراف، مجهول من قبل الطرف الأخر، خاصة إذا كان الطرف العالم يجهل جهل الطرف الأخر، بل إن معاني النهي عن الجهل ترجح هذا القول، وهو ما يترتب على تطبيق ضابط الجهل على هذه الحالة، وذلك لوجود معقود عليه محدد العناصر، والأوصاف يمكن أن يرتبط بها الرضى، وتصلح لشغل الذمة.

المبحث الثاني

آثـار الجهـل

يبين العرض السابق أن جنس الجهل لا أثر له في البيوع، وأن الجهل لم ينه عنه لذاته، وإنما كان النهي لمعان؛ منها قيام البيع في حالة الجهل على المقامرة، والمخاطرة، وإفضائه إلى المنازعة، ويحدد الجهل المخل بشرط العلم بناء على هذه المعاني، والتي اتفق الفقهاء على أنها علة النهي عن بيع المجهول، وبناء عليه، فإن الجهل بهذا الاعتبار ضربان، هما:

الضرب الأول:

جهل غير مخل بشرط الصحة، وهذا أنواع، ولكل نوع حكمه، إلا أن الفقهاء اتفقوا على أن اقتران البيع بهذه الأنواع خارج من دائرة بيع المجهول، لعدم إفضائه للمنازعة، وقد اختلفت كلمة الفقهاء في بعض أنواع هذا الجهل، فبينما اتفقوا على أن الجهل اليسير لا يؤثر في البيوع مطلقا للعفو عنه، وللمشقة في تخليص العقود منه، كما اتفقوا على أن الجهل بما عليه المعقود عليه في واقع الأمر لا يمنع من الصحة، بل يثبت فيه الخيار للطرف الذي انتقل له المعقود عليه المعيب، ويكون البيع ملزما للطرف الأخر، واختلفوا في أحكام البيع المقترن بالجهل بالتقييم، إلا أنهم اتفقوا على أنه لا يدخل ضمن بيع المجهول، لأن المصلحة المراد تحقيقها في النهي عن الجهل بالتقييم تختلف عن المصلحة المراد تحقيقها من النهي عن بيع المجهول، وهذا النوع خارج نطاق البحث، لهذا اكتفيت هنا بالإشارة إليه بشكل عابر، وقد تعرضت لمضمونه، وصوره، ومعناه عند الحديث عن تحديد الجهل المخل بشرط الصحة.

الضرب الثاني:

الجهل المخل بشرط الصحة وفقا لضابط الجهل، والذي يكون نتيجة عدم تحقق العلم بالعناصر، والأوصاف، وفقا للتحديد السابق، وقد اتفقت نصوص الفقهاء، وتطبيقاتهم على الدلالة على أن هذا الجهل هو المراد ببيع المجهول، والمانع من صحة البيوع لإفضائه للمنازعة، واقتضائه المقامرة، والمخاطرة، وهي معاني النهي عن بيع المجهول.

إن هذا الضرب من الجهل هو المقصود بهذه الدراسة، وسأركز على التطبيقات عند التوضيح أكثر من ظاهر الآراء، لأن التطبيقات تتضمن المعنى، والمضمون دون التقيد بظاهر النصوص، ولأن أحكام المعاملات معقولة المعنى، والعبرة فيها بالمضمون لا بالشكل.

لقد اختلف الفقهاء نظريا في الأثر المترتب على بيع المجهول، إلا أن هذا الاختلاف يضيق في الجانب التطبيقي، ويكاد ينحصر في الجانب النظري، فيما يتعلق ببيع المجهول، ويتفق تماما في الجانب التطبيقي، وسأوضح هذه المسألة من خلال الدراسة والتحليل للنصوص الفقهية لفقهاء المذاهب، وسأركز على المذاهب الأربعة، لأنها السائدة في المجتمع الإسلامي، كما أن غيرها يرجع إليها في هذه المسألة.

إن لاختلاف طبيعة البيوع أثراً في اختلاف الصورة الخارجية للآثار المترتبة على بيع المجهول، وقد يبين ظاهر الأمر أن أثر الجهل لم يطبق على بعض البيوع في حالة احتوائها على الجهالة المخلة بشرط الصحة، وذلك لأن الفقهاء قد رتبوا أثارا على بعض البيوع في حالة بطلانها، وهذه الآثار هي التي أثارت التساؤل حول تطبيق آثار البطلان على هذه العقود، إذ لو كان مصدر هذه الآثار هو العقد، فالبطلان لم يرتب أثره، وهذا يحتاج لتوجيه، وإلا فما هو مصدر هذه الآثار، وسأحاول بيان ذلك من خلال التطبيقات، دون تقيد بظاهر النصوص.

آثار بيع المجهول عند الأحناف.

لقد اتفق الفقهاء على عدم صحة بيع المجهول، إلا أن الأحناف انفردوا في التفرقة بين الجهل والانعدام، واعتبروا بيع المعدوم غير منعقد، أما بيع المجهول، فهو منعقد، لكنه غير صحيح، وبما أن صور الجهل عند الفقهاء غير الأحناف تشمل صور الجهل، والانعدام عند الأحناف نختار إطلاق الجمهور، وذلك لدخول المعدوم، والمجهول تحت معنى الجهل، وفقا لضابط الجهل[1].

(1) انظر مثلا: المحلى لابن حزم 343/8 وما بعدها. بدائع الصنائع للكاساني 138/5 -139، 156 وما بعدها. المغني لابن قدامة 228/4 - 230. البحر الزخار للمرتضي 294/4. مواهب الجليل للحطاب 374/4 وما بعدها. مغني المحتاج للشربيني 16/2 وما بعدها. الإيضاح للشماخي 54/5 وما بعدها.

إن تفرقة الأحناف بين المجهول، والمعدوم ترتب عليها التفرقة في الآثار من حيث ظاهر الآراء، وأتولى في هذه الفقرة تحليل، ودراسة رأي الأحناف في الأثر المترتب على التفرقة بين الجهل والانعدام، مع توجيه هذه الآراء إن أمكن ذلك، وبيان رجاحة هذا القول من عدم رجاحته عند عدم إمكانية التوجيه.

رأي الأحناف.

إن الجهل وفقا للتحديد السابق يشمل نوعين من البيع عند الأحناف، هما بيع المعدوم، أو ما له خطر العدم، وبيع المجهول، وأبين أحكام النوعين، وما يترتب عليهما من أثار.

1- حكم بيع المعدوم، أو ما له خطر العدم وآثاره.

إن وجود المعقود عليه عند الأحناف شرط من شروط انعقاد البيوع، فإذا كان المعقود عليه معدوما، أو له خطر العدم بطل البيع، وتطبيقات فقهاء الأحناف، ونصوصهم عند التفصيل تدل على أن المعدوم يطلق على المعقود عليه إذا جهل عنصر من العناصر، ومن الأمثلة التي ذكرها فقهاء الأحناف لبيع المعدوم، أو ما له خطر العدم بيع النتاج، وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وبيع المضامين، والملاقيح، وبيع اللبن في الضرع، وبيع اللحم في الشاة الحية، وبيع الثوب على أنه هروى فإذا هو مروى.

إن بطلان بيع المعدوم، وما له خطر العدم محل اتفاق عند فقهاء الأحناف، ولا مخالف لهذا الحكم[1].

إن من الصعوبة بمكان التفرقة بين الجهل، والانعدام في بعض الصور التي ذكرها الأحناف كأمثلة لبيع المعدوم، فهناك بعض البيوع من الصعب القول بشكل قاطع أن المعقود عليه فيها معدوم لا مجهول، منها مثلا بيع اللحم في الشاة، واللبن في الضرع، والزيت في الزيتون، والدقيق في الحنطة، والثوب على أنه هروى فإذا هو مروى.

(1) إن تفرقة الأحناف بين الفاسد، والباطل مبنية على أصلهم القاضي بالتفرقة بين الخلل الواقع في أصل العقد، والخلل الواقع في وصف من أوصافه، فإذا وقع الخلل في أصل العقد، فالعقد باطل، وإذا وقع في وصف من أوصافه، فالعقد فاسد، وانعدام محل العقد خلل في أصل العقد لا في وصف من أوصافه، راجع مثلا:شرح فتح القدير لابن الهمام 42/6.

إن المعقود عليه في جميع هذه البيوع موجود عند التعاقد، إلا أن وصفه، أو قدره مجهول، فاللحم في الشاة موجود، ولكن المجهول هو وصفه، والزيت في الزيتون، واللبن في الضرع موجود، ولكن قدره مجهول، وكون الثوب مروى أو هروى الغالب أنه وصف، وما جهل وصفه، أو قدره مجهول لا معدوم عند فقهاء الأحناف[1]، وعليه فإن اعتبار هذه البيوع مجهولة أقرب من اعتبارها معدومة.

إن التوقف عند هذه البيوع دعى فقهاء الأحناف لوصفها بـ «ما له خطر العدم»، وهذا يعد مرحلة بين المجهول والمعدوم، وما له خطر العدم، وإن كانت بعض صوره أقرب إلى الانعدام منها للجهل كالثمرة قبل بدو صلاحها، إلا أنه في الأمثلة السابقة أقرب إلى الجهل، ولهذا كان الأولى إلحاق هذه الصور بالمجهول لا بالمعدوم، وإعطاء ما له خطر العدم حكم المعدوم، وإن قربت بين رأي الأحناف، والجمهور من حيث التطبيق إلا أنها رجحت القول بعدم رجاحة التفرقة بين المعدوم، والمجهول.

الأثر المترتب على البطلان.

إن العقد الباطل لا يرتب أي أثر في ذمة المتعاقدين، أي إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، والقبض في العقد الباطل لا يصححه، فالعقد بعد القبض، كالعقد قبل القبض، فالبائع في العقد بعد القبض لا يملك الثمن، ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري، فالباطل كما يعبر عنه الفقهاء ما لا يفيد ملكا أصلا، وهو غير المشروع بأصله؛ ولا حكم لهذا البيع، أي أن العقد الباطل لا يرتب أي أثر من آثار البيع، فتصرف المشتري في المبيع تصرف في ملك الغير، وتصرف البائع في الثمن تصرف في ملك الغير.

إن اعتبار العقد الباطل كالمعدوم وعدم ترتيب أي آثار عليه مبدأ عام اتفق عليه فقهاء الأحناف، وقد وافقوا الجمهور في هذا، وإن خالفوهم في قصر البطلان وأثره من حيث الإطلاق على بيع المعدوم، وما له خطر العدم من صور المجهول، ويراد بالمجهول هنا المجهول وفقا لضابط الجهل[2].

---

(1) انظر مثلا:شرح فتح القدير لابن الهمام 259/6ومابعدها. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 21/4-22.

(2) بدائع الصنائع للكاساني -طبعة أخرى 490/5. شرح فتح القدير لابن الهمام 42/6. البحر الرائق لابن نجيم 75/6. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 105/4.

إن اعتبار العقد الباطل كالعدم هو محل اتفاق عند فقهاء الأحناف، وهو عام في جميع البيوع، إلا أن ترتيب بعض الالتزامات في ذمة أحد المتعاقدين، أو كلاهما في بعض العقود الباطلة لانعدام المعقود عليه يحتاج إلى توجيه، وذلك لمعرفة مصدر هذه الالتزامات، فإذا لم يكن العقد مصدر هذه الالتزامات فما هو مصدرها، وهذا ما سأبحثه عند الحديث عن البيوع ذات الطبيعة الخاصة.

الآثار المترتبة على الجهل.

اشترط الأحناف العلم بالمعقود عليه في البيوع، وأعدوا العلم شرطا لصحتها، وليس شرطا لانعقادها، فالعقد قائم وموجود، وإن كان غير صحيح، لأن الخلل هنا وقع في وصف العقد لا في أصله، فالجهل بالمعقود عليه عند الأحناف يفسد العقد، ولا يبطله، وتدل نصوص الفقه الحنفي وتطبيقاتهم على أن الجهل بالمعقود عليه يقع في الوصف، أو المقدار، وهذه من صور الجهل عند الجمهور وفقا لضابط الجهل.

لقد وافق الأحناف فقهاء المذاهب الأخرى في القول بأن العلم شرط لصحة البيوع، والجهل مانع من الصحة، إلا أنهم خالفوهم في حكم بيع المجهول من حيث الإطلاق، فاعتبر الأحناف بيع المجهول بيعا فاسدا، وفرقوا بينه وبين الباطل، أما بقية الفقهاء، فاعتبروا بيع المجهول بيعا باطلا أو فاسدا، ولا فرق عندهم بين الفاسد والباطل، وسأوضح رأي الجمهور فيما بعد، ومن الأمثلة التي ذكرها فقهاء الاحناف لبيع المجهول بيع شاة من قطيع، أو ثوب من الأثواب، أو الجهل بالجملة والعلم بالتفصيل[1].

الأثر المترتب على الفساد.

إن العقد الفاسد يفيد الملك بوجه، حيث يثبت فيه الملك بالقبض بإذن البائع، إلا أنه مستحق الفسخ، لاقترانه بالفساد، فالنظر لرأي الأحناف لأول وهلة يظهر أن التفرقة بين المعدوم، والمجهول حقيقة، وليست في ظاهر اللفظ، إلا أن التفاصيل، والتطبيقات وأثارها

(1) حاشية الطحاوى على الدر المختار -الطحاوى – أحمد الطحاوى (بيروت - دار المعرفة – ب ط – سنة1975م) 141/3ومابعدها. المبسوط للسرخسي 2/13 - 7. بدائع الصنائع للكاسانى 156/5 ومابعدها. شرح فتح القدير لابن الهمام 400/6 ومابعدها.

تدل على أن التفرقة فيما يتعلق بصور الجهل لا تعدو اللفظ، حيث أنهم طبقوا حكم البطلان على جميع صور الجهل بالمعقود عليه، وإليك البيان.

-1 لقد طبق فقهاء الأحناف حكم البطلان وأثاره على العقد الفاسد في بعض التطبيقات، وعللوا ذلك بأن الفساد في صلب العقد، وقد بينت بعض مصادر الفقه الحنفي متى يكون الفساد في صلب العقد، يطبق عليه حكم البطلان، ومتى لا يكون في صلب العقد، يطبق عليه حكم الفساد، وبعض المصادر بينت ذلك في التطبيقات فقط؛ عندما تعرض المسألة لبيان حكمها، وقد أوضح لنا ابن الهمام[*] فيما يتعلق بمسألة متى يكون للفساد حكم البطلان إذ يقول: «ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم، جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة، إلا أن يسمى جملة قفزانه، لجهالة المبيع، والثمن جهالة تفضي إلى المنازعة... ولا ينقلب العقد الفاسد هنا إلى الجواز لأن الفساد في صلب العقد، وإذا كان الفساد في صلب العقد، فهو قوي، ويمنع من الانقلاب، بخلاف الفساد في الأجل وسقوطه»[1].

وجه الاستدلال بالنص.

تدل عبارة ابن الهمام على أن الجهالة إذا لم تكن بسبب الأجل وسقوطه فلها حكم البطلان، لأن الفرق بين البطلان والفساد هو الانقلاب بالقبض صحيحا، ولا يؤثر هذا الخلاف في صحة العقد، لأن أساس الخلاف هو ثبوت الجهالة المفضية للمنازعة، وما يهمنا أن الجهالة المفضية للمنازعة إذا لم تكن بسبب الأجل، وسقوطه يترتب عليها البطلان، ومن المسائل التي اعتبر فيها الأحناف الجهل تمكن في صلب العقد مسألة البيع بالرقم، إذ يقول بن عابدين في ذلك: «وفي الفتح أن البيع بالرقم فاسد، لأن الجهالة تمكنت في صلب العقد، وهو جهالة الثمن بسبب الرقم، وصارت بمنزلة القمار والخطر الذي فيه»[2].

(*) ابن الهمام هو كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد بن مسعود السيواسي ثم الاسكندري، المعروف بابن الهمام الحنفي، تقدم على أقرانه، وبرع في العلوم، وتصدى لنشر العلم، فانتفع به خلق، وكان علامة في الفقه والأصول والنحو والتصريف والمعاني والبيان والتصوف وغيرها، توفي سنة 861 هـ شذرات الذهب لابن العماد 298/5.

(1) شرح فتح القدير لابن الهمام267/5 – 268.

(2) حاشية ابن عابدين لابن عابدين 29/4.

إن عبارات فقهاء الأحناف وتطبيقاتهم تدل على أنهم أعطوا للجهل إذا تمكن في صلب العقد أحكام العقد الباطل، ويتمكن الجهل في صلب العقد إذا وقع في غير الأجل، أي إذا وقع في وصف معتاد، أو القدر، وبهذا فهم قد طبقوا أحكام البطلان على جميع صور الجهل وفقا للتحديد السابق للجهل، لأن الجهل بالأجل خارج نطاق الجهل وفقا لرأي الفقهاء، ووفقا لضابط الجهل، وهذا يعني أن خلافهم للفقهاء في أحكام الجهل خلاف لفظي، أي صور الجهل التي أعدها الأحناف غير صحيحة، وأعطوها حكم الفساد طبقوا عليها آثار البطلان.

إن الجهل بالأجل، وسقوطه لا يعد من الجهل المخل بشرط الصحة، إلا في البيوع الزمنية الذي يعد الزمن فيها جزءا من المعقود عليه.

2- لقد أطلق فقهاء الأحناف لفظ الفساد على البيوع الباطلة، كما أن بعض المصادر ذكرت بأن الباطل قد يطبق عليه حكم الفاسد والعكس، ومن ذلك عبارة ابن عابدين إذ يقول بعد ذكر البيوع الفاسدة والآثار المترتبة عليها: (وهو أن من الباطل ما لا يسري حكمه إلى المضمون لضعفه، ومن الفاسد ما لا يملك بالقبض)[1]، وقد ذكر من البيوع الفاسدة للجهالة المفضية للمنازعة، والتي لا تملك بالقبض البيع مع الجهل بالجملة والعلم بالتفصيل[2].

يبين العرض السابق دلالة تطبيقات الأحناف، ومضمون آرائهم على تطبيق آثار البطلان على الجهل، سواء تعلق الجهل بعنصر من عناصر المعقود عليه، أو وصف مقصود عادة، وتفرقتهم بين المجهول، والمعدوم تفرقة ظاهرية، وبالتالي فهم لم يخالفوا فقهاء المذاهب الأخرى من حيث التطبيق، وإن خالفوهم في الإطلاق، فيما يتعلق بالجهل بالوصف، أو القدر.

رأي الجمهور غير الأحناف.

لم يفرق جمهور الفقهاء غير الأحناف بين الجهل الواقع في العناصر، وبين الجهل بأحد الأوصاف، أو بالقدر، واعتبروا الجهل مخلا بشرط الصحة، سواء تعلق بالعناصر، أو بالأوصاف،

(1) حاشية ابن عابدين لابن عابدين 103/4.

(2) تبيين الحقائق للزيلعي 7/4، 46-48 ومابعدها. شرح فتح القدير لابن الهمام 472/5 وما بعدها. البحر الرائق لأبن نجم 295/5 ومابعدها. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 103/4 وما بعدها.

وذلك لعدم التفرقة بين صور الجهل والمساواة في حكم بيع المجهول، ووافق الشيعة، والظاهرية، والإباضية الجمهور في هذا.

آثار بيع المجهول عند غير الأحناف.

لقد اتفق أكثر الفقهاء على بطلان، أو فساد بيع المجهول، ولا فرق عندهم بين الفساد، والبطلان، فهما لفظان مترادفان، ولا فرق بينهما من حيث الآثار، فالباطل والفاسد واحد.

إن حكم البطلان يطبق على جميع صور الجهل وفقا لضابط الجهل، ويشمل بذلك المعدوم، أو ما له خطر العدم عند الأحناف، فالجهل يشمل نقصان أحد العناصر، أو أحد الأوصاف، ولهذا نعتمد مصطلح الجهل عند الفقهاء غير الأحناف[1].

الأثر المترتب على البطلان، أو الفساد.

يترتب على بطلان بيع المجهول أو فساده عدم إفادة الملك بوجه، فالقبض لا يصحح العقد، أي إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، فالعقد الباطل، أو الفاسد لا يرتب أي التزام في ذمة المتعاقدين، فالضمان، وتحمل تبعة الهلاك على البائع، وإن فات بتغير سوق، أو تغير زمان في الحيوان، أو خروجه من يد المشتري فيجب فيه القيمة في القيمي، والمثل في المثلي، القيمة هنا لا يقيدها الثمن الذي تم به البيع، فقد تكون أكثر، أو أقل في حالة ثبوت القيمة، ويتم مقاصتها من الثمن، وثبوت المثل أو القيمة على المشتري إذا هلك المبيع بعد قبضه، أو فات المبيع بعد القبض بتغير سوق، أو تغير زمان في الحيوان، أو خروجه من يده، وهذا دليل على أن العقد لم يرتب أي التزام على المتعاقدين، ولو أن العقد هو مصدر الالتزام لثبت الثمن المتفق عليه لا القيمة يوم القبض، أو الحكم، والقيمة يحددها السوق يوم الاستحقاق[2].

---

(1) انظر مثلا الأم للإمام الشافعي 87/8 ومابعدها. المحلى لابن حزم 343/8 وما بعدها. المغنى لابن قدامة 104/4، 109، 115، 143، 223-230. المجموع في شرح المهذب للنووى 258/9، 286-287. المبدع لابن مفلح 24/4-25. مواهب الجليل للحطاب 274/4 ومابعدها. مغني المحتاج للشربيني 2/ 30 – 31. حاشية الدسوقي للدسوقي 10/3-17، 56-57.

(2) المدونة لسحنون 188/3، 194، 267. مواهب الجليل للحطاب 316/4، 363، 385.

إن هذه الآثار المترتبة على بطلان البيع إذا كان المعقود عليه مجهولا هى ما يقتضيه القول بأن البيع الباطل لا يفيد الملك بحال، لأن المبيع في حالة البيع الباطل لم يخرج من ملك البائع، فهو لازال في ملك البائع، ولو قبضه المشتري، وتصرفه فيه تصرف في غير ملكه، وجميع الأحكام من ضمان، وتحمل تبعية الهلاك ينظر إليها على أساس أن المبيع في ملك البائع، والثمن في ملك المشتري، وقد فصلت ذلك عند الحديث عن رأي الأحناف، لأنهم أكثر من تعرض لآثار البطلان بشكل مفصل عند التطبيقات، وذلك لتمييزه عن الفساد، بخلاف المذاهب الأخرى، فإن بيانهم لآثار البطلان كان من خلال التطبيقات أكثر.

لقد وردت بعض العبارات توهم أن الجمهور طبقوا آثار الفساد على بيع المجهول، نذكر نموذجا من هذه العبارات، ونحاول توجيهها بما يدفع هذا التوهم، وينطبق هذا على كل ما شابهها، جاء في مواهب الجليل، (المشهور أن بيع الفاسد ينقض لفساد المنهي عنه، وقال ابن سلمة في الفاسد المختلف فيه يمضي)، وجاء فيه أيضا، (كل بيع فاسد فضمانه من البائع، قال بعض الشيوخ إلا أن يتراضيا عليه فيجوز... يريد بعد معرفة القيمة، وإلا كان بيعا مؤتنفا بثمن مجهول... فهذا بيع مؤتنف، فإذا علمت القيمة زالت العلة)[1].

ما يوهم الدلالة على تطبيق أحكام الفساد، وتوجيهه.

1- إن العبارة الأولى أفادت إمكانية إمضاء البيع الفاسد المختلف في فساده، والأمثلة على هذا القسم من بيع المجهول كثيرة، منها الجهل بالجملة مع العلم بالتفصيل، وبيع التمر إذا كان بطونا متصلة، وتميزت بطونه، وإمضاء البيع إفادة للملك بوجه، وهذا تطبيق لحكم الفساد لا البطلان، لأن البطلان لا يفيد الملك بوجه، ويجاب على هذا التوهم بأن إجازة العقد هنا، مراعاة للخلاف، وتقديم الصحة على البطلان، لا تعديل لأحكام البطلان، وأساس التفرقة بين الباطل، والفاسد لمن فرق بينهما هو تعلق الجهل بأصل العقد، أو بوصفه لا مجرد الخلاف.

2- لقد أجازت العبارة الثانية البيع الفاسد بشرط التراضي، وعلم القيمة، وهذا يعني أن

(1) مواهب الجليل للحطاب 4/ 361، 382.

بيع المجهول أفاد ملكا بوجه، وإفادة الملك بوجه من آثار البيع الفاسد لا الباطل، إلا أن هذا التوهم يمكن دفعه بأحد أمرين هما:

أ- إن الرضى بعد العلم بالقيمة، وإزالة الجهل يعد بمثابة العقد المؤتنف، فالإجازة للعقد الجديد، ولهذا قال عليه بيع مؤتنف لأن الجهل بالمبيع زال بالرضى، لأن الرضى لا يقع إلا على معلوم والجهل بالقيمة زال باشتراط العلم بها، فكأن المؤلف أراد أن يقول وجاز إنشاء عقد جديد انتفى فيه الجهل.

ب- إن الجهل بالبيع كان من المشتري فقط، وهذه الحالة محل خلاف عند المالكية، فإجازة العقد إذا علمت القيمة، ووفقا للرأي القاضي بصحة العقد إذا كان الجهل من جانب واحد، وثبوت الخيار، واستئناف العقد هنا لا يقصد به إنشاء عقد جديد، وإنما يراد به ابتداء لزوم العقد لمن له حق الخيار، لأن الرضى يعني موافقة من له الخيار على العقد، لأن قبول من له الخيار يرتبط بإيجاب الطرف الأخر الملزم.

إن إجازة العقد في العبارتين لا يدل على تطبيق أحكام الفساد على العقد الباطل للجهالة للتوجيه السابق، ويقال هذا في شأن كل ما يماثلها من عبارات تطبيق الفساد عند الأحناف على بيع المجهول.

لقد اتفق رأي الأحناف والجمهور في تطبيق آثار البطلان على بيع المجهول، ولا فرق في ذلك بين العقود الزمنية، والبيع العادي وقد أوضحت حكم بيع المجهول وما يترتب عليه من آثار في البيع العادي، أما البيوع ذات الطبيعة الخاصة كالعقود الزمنية، فسأوضحه فيما بعد، والخلاف بين الجمهور، والأحناف فيما يتعلق ببيع المجهول اختلاف ظاهري، وهذا ما أكدته الدراسة، والتحليل، والتوجيه لرأي الجمهور، والأحناف من خلال شروحهم، وتطبيقاتهم، وفي حالة عدم قبول توجيه رأي الأحناف، ونصوص الجمهور التي توهم تطبيق أحكام الفساد، وأثاره على بيع المجهول، فإنني أرجح ما ذهب إليه الجمهور من القول ببطلان بيع المجهول، وترتيب آثار البطلان عليه، وذلك لعدة أسباب أهمها:

1- موافقة هذا القول لتطبيقات الفقهاء عموما مما يقوي هذا القول.

2- إن إجازة العقد الفاسد بالقبض لا يحقق مقاصد الشارع من النهي عن بيع المجهول،

حيث أن بناء العقد على المقامرة، والمخاطرة والإفضاء للمنازعة لا تزال مفاسدها بالقبض، فمثلا بيع الملامسة، وبيع الحصاة، وبيع المنابذة، وبيع الجهاز المرئي دون معرفة بلد الصنع لا يمنع من قيام العقد على المخاطرة، والمقامرة،، ولا يمنع من المنازعة لعدم وجود صورة محددة للمعقود عليه يمكن الرجوع إليها عند الاختلاف، وهذه معاني النهي عن بيع المجهول.

قد يقال بأن المتعاقد إذا قبض المبيع يتحقق العلم، وتنتفي الجهالة المفضية للمنازعة، وهذا سبب إجازة العقد بالقبض، إلا أن هذا القول مردود، لأن تصحيح العقد وتحقق العلم بالقبض يكون بأحد وجهين هما:

أ- علم المتعاقد بأوصاف، وعناصر المعقود عليه المقصودة عادة بمجرد القبض، وتحقق معنى القبض، وتمامه وفقا للشروط المتفق عليها أثناء التعاقد، وبهذا يتحقق العلم، وينتفي، الجهل، ويرد على هذا ما يلي:

- أن العبرة في تحقق العلم بوقت التعاقد، وتقييم المبيع، وتحقق الرضى، والعلم هنا تحقق أثناء تنفيذ العقد، وهذا العلم لم يمنع من بناء العقد على أساس المخاطرة، والمقامرة، كما أنه لا يحسم مادة المنازعة عند الاختلاف، لأن المنازعة بسبب شعور أحد طرفي التعاقد بالغبن من جانب، وعدم وجود صورة للمعقود عليه يمكن الرجوع إليها عند الاختلاف، ولا تنتفي المنازعة إلا بوجود هذه الصورة وقت التعاقد.

- أن القبض، وقبول نقل ملكية المعقود عليه لا يحقق العلم بشكل مطلق، بل أنه لا يحقق العلم في الغالب في المبيعات الحديثة كالأجهزة الإلكترونية، والمعدات الكهربائية، والصناعات الحديثة القائمة على التقنية العالية والتي غزت الأسواق، وشكلت جزءا كبيرا من حياة الإنسان المعاصر، وهذه لا يتحقق العلم بعناصرها، وأوصافها إلا بذكر معلومات كاملة عن مواصفاتها، وبلد التصنيع، والشركة المصنعة، والامتياز إن كان هناك حق امتياز من الشركات العالمية المتميزة في هذه الصناعات، والتقييم قبل معرفة هذه المواصفات عادة ما يختلف عن التقييم بعد المعرفة، ولا يمكن الاعتماد على التقييم الأول، وأما قبول انتقال الملكية بمجرد رؤية الشكل الخارجي، فهذا لا ينفي الجهالة المفضية للمنازعة، لأنه بمثابة الرؤية التي لا تحقق العلم بالأوصاف، والعناصر، وقد سبق بيان ذلك فيقال هنا ما قيل هناك.

ب- علم المتعاقدين بعناصر المعقود عليه، وأوصافه بالقبض، وإعادة التقييم، وذلك بناء على العناصر والأوصاف التي علمت بالقبض.

إن العلم وإن تحقق وانتفت المخاطرة، والمقامرة أثناء تقييم العقد والاتفاق بين الطرفين، وانتفاء المنازعة، إلا أن الالتزامات التي ترتبت في ذمة المتعاقدين ناشئة عن عقد جديد، وليس العقد السابق، بل أن هذا التصرف هو إنهاء لأي أثر للعقد السابق، وهو أثر البطلان.

-3 إن أحكام البيوع الزمنية الفاسدة للجهل بالمعقود عليه، وأثارها عند الفقهاء تدل على تطبيق آثار البطلان على هذه العقود، وبشكل مطلق، ودون تمييز بين الجهل بالوصف، أو القدر، والجهل بالعناصر الأخرى، وسأوضح دلالة تطبيقات الفقهاء على هذا في الفقرات التالية.

-4 إن ترجيح القول بعدم التفرقة بين الفساد، والبطلان من حيث التطبيق، والآثار يقتصر على الجهل، حيث اتفقت الآراء على تطبيق آثار البطلان على جميع صور الجهل، ولا فرق بين المعدوم، وغيره من صور الجهل من حيث التطبيق، والخلاف ينحصر في الإطلاق فقط، وهذا لا يعني ترجيح القول بعدم التفرقة بين البطلان، والفساد في جميع البيوع، لأنه ربما ترجح رأي الأحناف في غير مسألة الجهل، وهناك حالات تزال فيها حكمة النهي بمجرد القبض، وفي هذه الحالات تطبيق أحكام الفساد، وأثاره أولي من تطبيق البطلان، بل إن الجمهور غير الأحناف قالوا بأنها باطلة، إلا أنهم طبقوا عليها آثار الفساد، ولكن لأن هذه المسائل خارج نطاق البحث، فلم أتعرض لها، والتوضيح هنا مقتصر على حالة الجهل بالمعقود عليه وفقا لضابط الجهل فقط، لأنه محل دراسة.

ثانيا البيوع ذات الطبيعة الخاصة.

إن بعض البيوع لها طابع خاص، وأهمها الإجارة، والمضاربة، والمزارعة، والمساقاة، والجعالة، أو ما يطلق عليها بالعقود الزمنية، وظاهر أراء الفقهاء يوهم أنهم رتبوا أثارا على هذه العقود في حالة بطلانها للجهل، فكيف يمكن رد هذا التوهم أو توجيهه.

إن تحديد مصدر الالتزامات المترتبة على بعض البيوع الفاسدة للجهل هو الفيصل في معرفة ما إذا طبق حكم البطلان على هذه العقود أم لا، وهذا ما سأوضحه في هذه الفقرة من

خلال دراسة، وتحليل أراء الفقهاء وتطبيقاتهم، ولدراسة تفاصيل هذه المسألة نفرق بين فرضيتين هما:

الفرضية الأولى: حكم الجهل بالمعقود عليه قبل البدء في تنفيذ العقد.

تطبق الأحكام السابقة لبيع المجهول وحسب التفصيل السابق، ولا خلاف بين الفقهاء في تطبيق أحكام بيع المجهول على هذه البيوع إذا تعلق الجهل بالمعقود عليه، وذلك لإمكانية إرجاع المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، ودون ضرر غير معتاد في غيرها من البيوع، ولا ترتب هذه العقود أي التزامات على طرفي العقد[1].

الفرضية الثانية: حكم الجهل بالمعقود عليه بعد البدء في تنفيذ العقد.

إن تطبيق أحكام البطلان على هذه العقود كما في غيرها من البيوع ظاهريا غير ممكن، وذلك لاختلاف طبيعة هذه العقود عن غيرها من البيوع، فمثلا عمل العامل في الإجارة، والمزارعة، والمساقاة، والمغارسة، والمضاربة لا يمكن إرجاعه عينا، و إخلاء ذمة طرفي العقد من أي التزام يترتب عليه إلحاق ضرر بأحد طرفي العقد، واستفادة الطرف الأخر دون أي مقابل، والبطلان هنا لم يكن بفعل العامل وحده، بحيث يتحمل الضرر وحده ويهدر عمله، لهذا اتفق الفقهاء على عدم إهدار عمل العامل، وإلزام الطرف الآخر بدفع مقابل هذا العمل، لأنه المستفيد منه، وإن اختلفوا في طريقة تقدير هذا العوض في بعض العقود كالمزارعة، والمساقاة، والمضاربة مثلا[2]، وما يهمنا هنا هو وجود التزامات على أحد الأطراف، فهل هذه

(1) لقد صرح بعض الفقهاء بعدم ثبوت أي التزام في ذمة الطرفين بمقتضى العقد قبل البدء في العمل، واكتفى بعضهم بالعموم، حيث بينوا بأن حكم هذه العقود إذا اكتنفها جهل بالمعقود عليه ثبوت أجرة المثل في الإجارة خاصة، وبعضهم لم يخصها بالإجارة، بل جميع العقود الزمنية السابق ذكرها يثبت فيها أجرة المثل، لأن الأصل في بيع المنافع هي الإجارة، والبيع في جميع العقود السابقة بيع منافع، ولم يفرق بين حالة البدء في العمل وقبله، ولعل هذا لدلالة الكلام عليه، حيث تقتضي أجرة المثل أن العامل قد قام بعمل، وهذا لا يتصور إلا بعد البدء في العمل، أي عدم ترتيب أي أثر على هذه البيوع قبل البدء في العمل تحصيل حاصل.، انظر مثلاالمحلى لابن حزم 190/8 - 191 وما بعدعا. المقدمات لابن رشد 182/2. بدائع الصنائع للكاساني 183/6. المغنى لابن قدامة 73/5. القوانين الفقهية لابن جزى ص 285-286. الإقناع للشربينى الخطيب 2/ 75. الروض النظير للسيلغي 347/3. حاشية الدسوقي للدسوق 548/3. الإيضاح للشماخي 31/7.

(2) المراجع السابقة نفس الصفحات.

الالتزامات مصدرها الرابطة العقدية بين الطرفين، فتكون هذه الأحكام نقضا لتطبيق أثر البطلان على هذه العقود، أم أن لها مصدرا أخر، وتعتبر أحكام البطلان قد طبقت حتى على البيوع الزمنية، وعاد المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد ؟.

لم يتعرض الفقهاء لهذه المسألة بهذه الصورة، ولم يفرق فقهاء الأحناف بين الجهل بعنصر من العناصر، وبين الجهل بالأوصاف، أو القدر، كما أنهم لم يتعرضوا لمسألة الفساد، والبطلان في هذه العقود مستقلة، وعليه سأحاول بيان تطبيق حكم البطلان، وأثره على هذه العقود من خلال مضمون النصوص الفقهية، والتطبيقات، ودلالتها.

تدل نصوص الفقهاء، وتطبيقاتهم على أنهم طبقوا حكم البطلان، وأثاره على البيوع الزمنية، والتي كانت سائدة زمنهم كالإجارة، والمساقاة، والمزارعة إذا كان البطلان بسبب الجهل بالمعقود عليه، ومن أهم الأدلة على تطبيقاتهم لحكم البطلان، وأثاره على العقود السابق الإشارة إليها ما يلي:

1- إن الالتزامات المترتبة في ذمة طرفي العقد، أو أحدهما لا يعد العقد المبرم بين الطرفين مصدرا لها، والدليل على هذا ما يلي:

أ- لقد اختلف الفقهاء في المساقاة، والمضاربة، والمزارعة الفاسدة، فقال بعضهم بثبوت أجرة المثل، وقال بعضهم بثبوت مساقاة المثل في المساقاة، ومضاربة المثل في المضاربة، وهكذا[1]، وفي الحالين لم تطبق أحكام العقد السابق، فتطبيق أجرة المثل، يعني أن اسم، ومضمون العقد اختلف، فالعقد الأول ألغي اسما ومضمونا، فالاسم تغير إلى إجارة، ومضمون العقد تغير، حيث لا يجب التقيد بمضمون، وبنود العقد السابق من حيث مقابل العمل، ولا شروطه، أما في حالة ثبوت مساقاة المثل في المساقاة، ومزارعة المثل في المزارعة،

(1) المدونة لسحنون 468/3 – 567. المحلى لابن حزم 191/8، 228. المقدمات لابن رشد 182/2. بدائع الصنائع للكاساني 183/6، 188 المغني لابن قدامة 72/5، 524. الروضة البهية للعاملي 245/4، 256، 260. الإيضاح للشماخي 31/7. النهاية في مجرد الفقه والفتاوى - الطوسي – شيخ طائفة أبو جعفر محمد بن الحسين بن علي (دار الكتاب العربي ب ط- ب ت) ص 442. النتف في الفتاوى- أبو الحسن - قاضي القضاة أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد – تح صلاح الدين الناصي – (عمان- درر الفرقان – بيروت دار الرسالة ط الثانية 1984م.) 541/1. فقه الكتاب والسنة لعبد العزيز 1667/3 – 1673.

ومضاربة المثل في المضاربة، فمضمون العقد تغير، لأن بنود العقد السابق لا تلزم الطرفين، فثبوت مساقاة المثل مثلا ولو كانت أقل، أو أكثر من عقد المساقاة المتفق عليه، فلم يبق من العقد المبرم بين الطرفين إلا اسمه، ولكن العقد المبرم بين الطرفين لا يعد مصدرا لهذه الالتزامات، وإلا لوجب التقيد بنصوصه.

ب- إن بنود، وشروط عقد مساقاة المثل في المساقاة، أو مضاربة المثل في المضاربة لا تخضع لإرادة المتعاقدين، وإنما يحددها السائد في المكان، والزمان الذي وقع فيه العقد، وهذا يعارض اعتبار الرابطة التعاقدية مصدرا لهذه الالتزامات، لأن اعتبار العقد مصدرا لها يترتب عليه بطلان العقد، لانعدام الرضى، بل إن بعض بنود عقد مساقاة المثل معارضة لإرادة، ورضى الطرفين، فمثلا في المساقاة الفاسدة للجهل بالمعقود عليه، إذا كانت على النصف من الخارج ومساقاة المثل الثلث فيطبق الثلث، وإن كان الرضى وقع على النصف.

ج- تدل بعض النصوص الفقهية على أن العقد لا يرتب أي التزام على طرفيه، وأن ثبوت أجرة المثل تدفع كتعويض لا تنفيذا لالتزامات الرابطة العقدية، جاء مثلا في البدائع في المزارعة الفاسدة للجهل (لا يجب شيء على العامل لبطلان العقد، والخارج لصاحب البذر، إلا أن الطرف الآخر يعوض، إذا كان العامل فله أجر مثله، وإذا كان رب الأرض فله أجر مثل أرضه)[1]، وجاء في المغنى في أحكام المضاربة الفاسدة (ولنا أن تسمية الربح من توابع المضاربة، أو ركن من أركانها، فإذا فسدت فسدت أركانها وتوابعها)[2]، وجاء في الإقناع في أحكام الجعالة الفاسدة، (... إذا فسخ قبل العمل فلا شيء وإن فسخ بعد العمل فللعامل أجرة المثل لما عمله العامل، لأن عدم جواز العقد يقتضي التسليط على رفعه، وإذا ارتفع لم يجب المسمى كسائر المفسوخ، لكن عمل العامل وقع محترما، فلا يفوت عليه، فرجع إلى مثله، وهو أجرة المثل)[3]، وجاء في حاشية ابن العابدين، (الإجارة الفاسدة لا تملك بالقبض، وما أفسد البيع أفسدها)[4].

(1) بدائع الصنائع للكسافى 183/6.

(2) المغنى لابن قدامة 73/5.

(3) الإقناع للشربينى الخطيب 75/2.

(4) حاشية ابن العابدين لابن العابدين 29/5.

وجه الاستدلال بهذه النصوص.

أ - لقد بينت هذه النصوص أن أساس الالتزام بأجرة المثل هو التعويض، والالتزامات التي يرتبها العقد أساسها الرابطة العقدية لا التعويض.

ب- لقد دلت النصوص على فساد العقد وتوابعه، والمقابل الذي يلزم بالعقد يعد من التوابع، وبالتالي فإن أجرة المثل ليست من المقابل الذي يفرضه العقد.

ج- المقابل في العقد هو المسمى، وبينت النصوص أن الفساد يرفعه، وبالتالي فإن الثابت غير المسمى ليس مصدره العقد.

د - إن الجهالة مخلة بشرط الصحة عند الأحناف، واشتمال العقد على الجهل يفسده، والفرق بين الفساد، والبطلان هو الملك بالقبض، وعدم ملكية المعقود عليه في الإجارة الفاسدة للجهالة ترتيب لأثر البطلان.

هذه أهم أوجه الاستدلال بالنصوص السابقة، وما يماثلها في الدلالة على أن أجرة المثل، أو مساقاة المثل في العقود الزمنية السابق ذكرها لا يعد العقد مصدرا لها، وكذلك الحكم في كل ما يماثلها من مقابل في العقود المشابهة لهذه العقود، وما يطلق عليها العقود الزمنية.

إن العرض السابق يوضح أن العقد لا يعد مصدرا للالتزامات المترتبة على الطرفين في البيوع السابقة للجهل، ولا فرق في هذا بين الرد إلى حكم العقد نفسه، أو الرد إلى إجارة المثل في جميع العقود السابقة، وهذا يعني أن العقد المبرم أصبح كالعدم، ولم يرتب أي آثار لهذه الرابطة العقدية، وهذا هو أثر البطلان، ولا فرق بين الجهل في عناصر المعقود عليه أو أوصافه، أي لا مجال هنا للتفرقة بين البطلان، والفساد، وهذا يؤيد القول ببطلان بيع المجهول بصرف النظر عن صور الجهل، كما يتضمن ترجيح رأي الجمهور غير الأحناف في عدم التفرقة بين صور الجهل بالمعقود عليه من حيث الآثار.

إذا لم يكن العقد مصدرا للالتزامات السابقة فما هو مصدرها ؟.

مصدر الالتزامات السابقة.

لقد اتفق الفقهاء على رد الإجارة الفاسدة إلى أجرة المثل، أي إلى حكم العقد نفسه،

والمراد بحكم العقد نفسه ليس ذات العقد المبرم بين الطرفين، وإنما المراد اسم العقد، عقد إجارة لا عقد أخر كالمغارسة مثلا، واختلفوا في غير الإجارة هل يرد إلى حكم العقد نفسه، كمساقاة المثل في المساقاة، أم يرد إلى الإجارة، فيثبت أجرة المثل، لأن الإجارة هي أصل بيع المنافع، فما بطل من بيع المنافع يرد إلى الأصل وهو الإجارة.

والرد إلى حكم الإجارة يختلف عن الرد إلى حكم العقد نفسه في غير الإجارة في أمور أهمها:

1- أن الرد إلى الإجارة يكون للعامل أجرة المثل لما تم من العمل، ولا يلزم بإتمام العمل المتفق عليه، بخلاف الحال في حكم العقد نفسه في غير الإجارة، فيكون للعامل مقابل مثل مالمثل عمله، ففي المساقاة يكون للعامل مثل مالمثل عمل مساقاته، فمثلا إن كان عمله هو مساقاة النخل، ومساقاة النخل في نفس المكان، والزمان تكون عادة بثلث ثمر النخل، فله ثلث الثمر، وإن كان الاتفاق في العقد الفاسد على النصف، وهكذا في بقية العقود، كما يلزم العامل بإتمام عمل المساقاة، وهو خدمة الشجر المتعارف عليه في المساقاة.

2- إن العامل في أجرة المثل في المساقاة، أو المزارعة وما في حكمها له أجرة المثل أثمر الشجر والزرع أم لم يثمر، بخلاف الحال في الرد إلى حكم العقد نفسه، كمساقاة المثل في المساقاة، ومزارعة المثل في المزارعة، فإن العامل لا يستحق المقابل إلا إذا أثمر الشجر، وخرج الزرع في المساقاة والمزارعة[1]، ونظرا لاختلاف رد العقد الفاسد في غير الإجارة إلى حكم الإجارة عن الرد إلى حكم العقد نفسه؛نبين مصدر الالتزام في كل حالة على حدة.

---

(1) لم نذكر الراجح من هذه الأراء، لأن المراد اثبات أن العقد المبرم بين الطرفين ليس مصدرا لهذه الالتزامات المترتبة على طرفي العقد، وهذا الحكم وفقاللرأيين، وأراء الفقهاء في غير الإجارة لا تخرج عن هذين الرأيين، انظر مثلا: المدونة لسحنون 419/3 – 421، 468- 467.. المحلى لابن حزم 191/8، 228. المقدمات لابن رشد 182/2. بدائع الصنائع للكاساني 183/6، 188 المغني لابن قدامة 72/5، 524. شرح فتح القدير لابن الهمام 25/8. الروضة البهية للعاملي 245/4، 256، 260. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 29/5. الإيضاح للشماخي 31/7 – النهاية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص 442. بلغة السالك للصاوي 260/2 –268.

مصدر الالتزام في الرد إلى حكم الإجارة:

تبين الدراسة والتحليل السابق لأراء الفقهاء، وتطبيقاتهم أن العقد المبرم بين الطرفين لا يعد مصدرا للالتزام بدفع أجرة المثل في الإجارة، أو في غيرها من العقود، وهو الذي يظهر من خلال إمعان النظر في هذه الأحكام ومضمونها وحكمها.

إن مصدر الالتزام في دفع أجرة المثل هو الإثراء بلا سبب، لأنه في معنى دفع غير المستحق، حيث أن العامل كأحد طرفي العقد دفع العوض أو جزء منه، والملزم به وفق العقد، وهو العمل، وببطلان العقد عاد المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، وحيث أن الطرف الثاني في العقد، وهو رب الأرض في المزارعة مثلا، قد قبض المعقود عليه حكما، وهو عمل العامل، وحيث أن العوض غير مستحق لبطلان العقد، فيجب عليه رده، ولما كان العمل لا يرد بذاته، فأصبح في حكم المبيع القيمي، وقيمة هذا العمل هي أجرة مثله، فوجب على رب الأرض رد أجرة مثل العمل الذي قبضه من العامل، وهو كفوات السلعة بتغير السوق، أو بالاستهلاك في البيع الباطل، إذ يجب فيه القيمة(1)، ودفع غير المستحق هو صورة من صور الإثراء بلا سبب، ويمكن توجيهها توجيها أخر، حيث أن رب الأرض في المزارعة مثلا، قد استفاد من عمل العامل، ولا مصدر لهذه الاستفادة، فهو قد أثرى على حساب العامل بلا سبب، وبقبول هذا التوجيه نخالف ما ذهب إليه فقهاء القانون المعاصر في دراساتهم المقارنة من القول بأن الفقه الإسلامي قد ضيق من دائرة الإثراء بلا سبب، حيث قصرها في دفع غير المستحق، وعلى رأس هؤلاء الدكتور عبدالرزاق السهنورى(2)، وما قيل بشأن دفع رب الأرض في المزارعة مثلا للعامل أجرة مثل عمله يقال بشأن دفع العامل لرب الأرض أجرة مثل أرضه.

يوضح العرض السابق أن مصدر الالتزامات التي رتبها الفقهاء على العقود السابقة الباطلة للجهل هو الإثراء بلا سبب، وهذا يدل على تطبيق آثار البطلان على تلك العقود، وإن كانت طبيعتها تمنع من إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه في الظاهر، إلا أن حقيقة الأمر أن

---

(1) هذه من الآثار المترتبة على البيع الباطل، أوالفاسد الذي ألحقه الأحناف بالباطل، وبالتالي فهي محل اتفاق فيما يتعلق بحكم بيع المجهول، وأثاره، وقد فصلت القول في هذه المسألة راجع ص 162وما بعدها من هذا البحث.

(2) مصادر الحق في الفقه الإسلامي - السنهوري – الدكتور عبدرزاق أحمد (بيروت – دار احياء التراث العربي – طبعة جديدة ومنقحة سنة 1997م)57/1 وما بعدها.

المتعاقدين عادا إلى ما كانا عليه بالنسبة للعقد، حيث أن العقد المبرم أصبح كلا عقد، فالالتزام بمساقاة المثل في حالة المساقاة الباطلة مثلا لم يترتب على عقد المساقاة الباطلة، وإنما ترتب على قاعدة الإثراء بلا سبب، أي وجود الرابطة العقدية انتهى، ولا أثر لها، وهذا معنى عودة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، وهذا هو أثر البطلان، أي أن الفقهاء حتى الأحناف اتفقوا على ترتيب أثر البطلان على العقود السابقة للجهل.

مصدر الالتزام في الرد إلى حكم العقد نفسه.

إن استمرار العامل في العمل، وعدم استحقاق العامل شيئا من المقابل إذا لم يتحقق النتاج في الرد إلى مساقاة المثل وما في حكمها يقتضي بيان مصدر الالتزامات بصورة منفصلة عن الحالة السابقة، وهذه ما عبر عنها الفقهاء بالرد إلى حكم العقد نفسه.

إن القصد من أجرة المثل، أو الرد إلى حكم العقد نفسه كمضاربة المثل، هو تعويض العامل، أو صاحب رأس المال الذي استخدم، وساهم في الربح، ولا يفضل طرف على طرف آخر، كما أنه لا يعاقب طرف دون طرف أخر، وذلك بحرمانه من التعويض عن ملكه، أو عمله، وتطبيق أجرة المثل في العقود السابقة، غير الإجارة قد يترتب عليه ضرر بأحد الأطراف، أو حرمانه من التعويض.

ففي المساقاة صاحب الشجر يتعاقد مع العامل لخدمة الشجر، لأنه لا يستطيع القيام بنفسه بهذا العمل عادة، ولخبرة العامل في بعض الأحيان، وحيث أن هذا العمل لا يتم إلا بتمامه، فإن إيقاف عمل العامل إضرار بصاحب الشجر، وقد لا يجد من يقوم بهذا العمل، أو لا يجد من يقوم به بنفس المواصفات، وفي بعض العقود لخبرة العامل دور في إنجاز وإتمام العمل على الوجه المراد.

إن احتمال وقوع الضرر على أحد طرفي التعاقد بالالتزام بأجرة المثل في غير الإجارة دفع جانبا من الفقه الإسلامي إلى القول بالرد إلى حكم العقد نفسه، والقول بالرد إلى حكم العقد هو رأي المالكية، أما المذاهب الأخرى فالمشهور عندها هو أجرة المثل.

وقد أيد فقهاء بعض المذاهب الأخرى رأي المالكية في بعض الصور، إلا أن هذه الآراء

غير مشهورة[1]، وقول المالكية بالرد إلى حكم العقد نفسه هو الذي نؤيده، لأنه أقرب للعدالة، وأقوى في إزالة الضرر، وتعويض الطرفين على قدم المساواة كما سبق وأن أوضحت، والخلاف يعتبر ثانويا بالنسبة لموضوع البحث لدلالة الرأيين على أن العقد المبرم بين الطرفين ليس مصدرا للعقد، وهذا يدل عليه الرأيان، وإذا كان الإثراء بلا سبب هو مصدر الالتزام في أجرة المثل، فما هو مصدر الالتزام في الرد إلى حكم العقد نفسه؟.

يبدو أن الأمر فيما يتعلق بمصدر الالتزام لا يختلف، وإنما الاختلاف في طبيعة المعقود عليه، أي العمل، لأن العمل في المساقاة، وما يماثلها لا يتجزأ، أما العمل في الإجارة يمكن أن يتجزأ، لأن المقابل مقسم على كل جزء، وهذا ما حمل بعض الفقهاء على التفرقة بين الإجارة، والعقود الأخرى، إذ أعدوا العقود الأخرى استثناء من الإجارة المجهولة، وبعض الفقهاء منعها، وأوجب العودة للإجارة، لأن الفقهاء نظروا إلى النتاج في المساقاة وما يماثلها من بيع المنافع، والنتاج مجهول، ويقتضي عدة بيوع منهي عنها بحسب الأصل، كالإجارة المجهولة، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه.

إن طبيعة العمل في المساقاة، وما يماثلها هي التي فرضت تمام العمل، وعدم استحقاق العامل أي شيء إذا لم ينجح العمل، كما أن طبيعة العمل تقضي بأن قبض الجزء كقبض الكل، والفرق هنا كالفرق بين فوات المبيع بهلاكه، أو بتغير سوقه، فالمبيع الهالك غير قائم أصلا، أما المبيع المتغير فهو قائم، لكن أعد في حكم الهالك، وكذلك هنا يعتبر قبض جزء من العمل الذي لا يتجزأ كقبض كل العمل، وبقبضه يلزم بدفع قيمته، لأنه لا يمكن دفع عينه، وقيمته هي ما يلزم في مساقاة مثله، كالربع، أو الثلث في المساقاة، ويلزم العامل في المقابل بإتمام القبض، لأن الإيقاف يعني الحرمان مما تم، وهذا ما قصده فقهاء المالكية بإزالة الضرر، وقد جاءت نصوص كثيرة في الفقه المالكي تبين أن إتمام العمل في المساقاة مثلا هو لإزالة الضرر، جاء في بلغة السالك، (... ما يثبت فيه مساقاة المثل فلا يفسخ بعد التمادي للضرر)[2].

(1) انظر مثلا المقدمات لابن رشد 182/2، 557-558. المغنى لابن قدامة 23/5. مواهب الجليل للحطاب 361/5 ومابعدها، 5/ 455 وما بعدها. الإيضاح للشماخي31/7. حاشية الدسوقى لابن عرفة 548/3 ومابعدها. بلغة المسالك للصاوي 260/2.

(2) بلغة المسالك للصاوى 260/2.

إن اعتبار العمل في المساقاة، وما يماثلها كل لا يتجزأ هو سبب وجوب إتمامه، واعتبار قبض الكل كقبض الجزء، وهذا يعني تطبيق أحكام أجرة المثل في مصدر الالتزام، أي أن مصدر الالتزام في الرد إلى حكم العقد نفسه في المساقاة، وما يماثلها هو الإثراء بلا سبب، وما قيل في أجرة المثل يقال هنا.

الفصل الثاني

علاقة الجهل بالغرر، وربا البيوع

لقد اتفقت كلمة الفقهاء على وجود العلاقة بين الجهل والغرر، ومن أدلة وجود هذه العلاقة اعتمادهم على أدلة النهي عن الغرر في منع بيع المجهول، وتكرر عبارة (لأنه غرر) عند تعليل النهي عن بعض البيوع المجهولة، وهذا التداخل بين الغرر والجهل يقضي بوجوب تحديد العلاقة بينهما، ولهذا أحاول في هذا الفصل تحديد علاقة الجهل بالغرر في مبحث أول، أما المبحث الثاني، فسأخصصه للعلاقة بين الجهل وربا البيوع، وذلك لإزالة اللبس، والغموض حول الفرق بين الجهل المفضي للربا، والجهل بالمعقود عليه محل الدراسة، فربا البيوع يقوم أساسا على التفاضل، والتأخير، والعلم بالتفاضل يقتضي العلم بطرفي المعقود عليه أولا، وهذا لا يتحقق إلا إذا انتفى الجهل، فهل الجهل بالمعقود عليه هو الجهل المفضي للربا، أم لا؟، فإذا اتحدا فما وجه التفرقة بين بيع المجهول والربا في الأحكام، والآثار، وإذا اختلفا، فما وجه الاختلاف، هذه المسائل هي موضوع المبحث الثاني.

المبحث الأول

علاقـة الجهـل بالغرر

إن الغرر باب واسع، وقد وردت له عدة دراسات متخصصة منها، الغرر وأثره في العقود للدكتور الضرير، وهو عبارة عن رسالة دكتوراه، ومنها، بحث للدكتور علي الخفيف بعنوان (الغرر في العقود)، ولن أتعرض هنا لكل مسائل الغرر وإشكالياته، ولكن سأقتصر على المسائل شديدة الارتباط بموضوع البحث، واللازمة لتحديد العلاقة بين الغرر والجهل.

تعريف الغرر.

الغرر في اللغة.

يطلق الغرر في اللغة على الخداع والطمع بالباطل، وعلى خطر الهلاك، أو التلف[1].

الغرر في الاصطلاح.

لقد عرف الفقهاء الغرر بعدة تعريفات، فقد عرفه السرخسي[*] من الأحناف بأنه:(ما كان مستور العاقبة)[2]، وعرفه ابن عرفة من المالكية بأنه:(ما شك في حصول أحد عوضيه، أو المقصود منه غالبا)[3]، وعرفه الماوردي[*] من الشافعية بأنه:(ما تردد بين متضادين أغلبهما

(1) لسان العرب -ابن منظور – أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (بيروت لبنان- دار صادر – ب ط – ب ت) 5/ 11 وما بعدها.

(*) السرخسي هو محمد بن أحمد بن سهل أبوبكر شمس الأئمة، فاضل من كبار الأحناف، مجتهد من أهل سرخس، أشهر كتبه المبسوط في الفقه والتشريع، ثلاثون جزءا، أملاه وهو سجين بالجب، توفي سنة 483 هـ الأعلام للزركلي 315/5.

(2) المبسوط للسرخسي 194/12.

(3) حاشية العدوي على الرسالة للعدوي 173/2.

(*) الماوردي هو علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي، أقضى قضاة عصره، من العلماء الباحثين أصحاب التصانيف الكثيرة النافعة، ولي القضاء في بلدان كثيرة، ثم جعل أقضى القضاة، توفي سنة 450هـ الأعلام للزركلي 326/4.

أخوفهما)[1]، عرفه ابن تيمية من الحنابلة بأنه:(ما كان مجهول العاقبة)[2]، وعرفه ابن حزم الظاهري بأنه (ما لا يدري فيه المشتري ما اشترى، أو البائع ما باع)[3]، وعرفه المرتضي من الشيعة بأنه:(التردد في حصول المبيع، وعدمه بلا ترجيح)[4].

هذه نماذج من تعريفات الفقهاء للغرر، واكتفيت بهذا القدر لرجاحتها، ولأن غيرها يرجع إليها في المعنى، وإن اختلف اللفظ، ولذلك نجد أن أكثر من كتب في موضوع الغرر حديثا اقتصر فيما يتعلق بالتعريف على الترجيح والتوجيه، ومن ذلك مثلا الدكتور الضرير، حيث رجح تعريف السرخسي[5]، والدكتور الخفيف، حيث رجح لفظ السرخسي، وانتهى إلى أن جميع التعريفات لا تختلف من حيث المضمون، وما اختلاف اللفظ إلا لاختلاف موضوع البيان[6].

تحديد الغرر من خلال التعريفات.

توضح التعريفات السابقة للغرر ما يلي:

-1 شمول الغرر لبيع المعدوم، والمجهول، وبيع غير المقدور على تسليمه، وقد اتفق الفقهاء خلافا لابن حزم على أن القدرة على التسليم شرط يختلف عن العلم بالمعقود عليه، وفرق الأحناف بين الشرطين، حيث اعتبروا القدرة على التسليم شرط انعقاد، والعلم شرط صحة، وتفرقة الأحناف بين الشرطين، وإن اقتصرت على اللفظ من حيث الآثار، إلا أنها تدل على استقلال شرط القدرة عن العلم، واتفاق الفقهاء على إفراد شرط القدرة دليل على استقلاله عن شرط العلم[7]، كما أن غير المقدور على تسليمه لا يكون بالضرورة مجهولا وفقا

(1) مغني المحتاج للشربيني 13/2.

(2) مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 22/29.

(3) المحلى لابن حزم 343/8.

(4) البحر الزخار للمرتضي 309/3.

(5) الغرر وأثره في العقود للضرير ص 35.

(6) الغرر للعقود للخفيف ص15 2.

(7) لقد أورد الفقهاء شرط القدرة على التسليم منفصلا عن شرط العلم، وهذا يعني اختلاف الشرطين، وإن اجتمعا في بعض الحالات، واعتبر شرط القدرة من ضمن بيع الغرر، انظر مثلا: بدائع الصنائع للكاساني 147/5. المبدع لابن مفلح 23/4. البحر الزخار للمرتضي 299/4. مغني المحتاج للشربيني 12/2. منح الجليل لعليش 456/4. الروض النظير للسياغي239/3 - 241.

لضابط تحديد الجهل، فالعمل لإحضار البعير الشارد معلوم العناصر، والأوصاف، والتي تختلف بسببها الأغراض، فهو بمثابة عمل موصوف في الذمة، وقد اتفق الفقهاء على جواز العقد عليه جعالة، والجعالة خالية من الجهل بالمعقود عليه، أما بيعه فقد اتفق الفقهاء خلافا لابن حزم على عدم جوازه لعدم القدرة على تسليمه لا للجهل، وقد دلت عبارة ابن حزم في شأن جواز بيع البعير الشارد على اختلاف القدرة على التسليم عن الجهل، إذ يقول: (ليس هذا غرر، لأنه بيع شيء قد صح ملك بائعه، وهو معلوم الصفة والقدر)[1]، فالمعقود عليه هنا غير مقدور على تسليمه إلا أنه معلوم، وإجازة بيع غير المقدور على تسليمه خالف فيها ابن حزم الفقهاء.

-2 عدم شمول التعريف لبعض أنواع الغرر، والتي لم تتعلق بالمعقود عليه، كالجهل بالأجل، والجهل المتعلق بصيغة العقد كبيعتين في بيعة، وبيع العربون، وللإيضاح نفصل المسألة فيما يتعلق بالجهل بالأجل كمثال على عدم شمول التعريف لبعض أنواع الغرر.

لقد اتفق الفقهاء على أن الجهل بالأجل من أنواع الغرر، والتفرقة بين الجهل بالأجل، والجهل بالمعقود عليه واضحة عند الفقهاء، وإن اختلفت طريقة العرض، من الأحناف مثلا، أعد الكاساني شرط العلم بالأجل من شروط الصحة، وذكره مستقلا عن شرط العلم بالمعقود عليه[2]، وفرق ابن الهمام بين الفساد بسبب الجهل بالأجل، والفساد بسبب الجهل بالمعقود عليه، واعتبر الأخير أقوى أثرا في العقد[3]، أما فقهاء المالكية فقد عرضوا مسائل الجهل بالأجل وتفصيلاتها في باب خاص تحت اسم بيوع الآجال، واعتبروا الجهل بالأجل من باب الغرر[4]، ولم يخالف الجمهور في التفرقة بين الجهل بالأجل، والجهل بالمعقود عليه[5]، والتفرقة هنا لا يدخل فيها حالات اعتبار الأجل جزء من المعقود عليه، كما في العقود الزمنية كالإجارة مثلا.

---

(1) المحلى لابن حزم 8/ 388.

(2) بدائع الصنائع للكاساني 249/5.

(3) شرح فتح القدير لابن الهمام 267/6 – 268.

(4) مواهب الجليل للحطاب 389/4. القوانين الفقهية لابن جزي ص 262.

(5) مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 25/29. حاشية البيجرمي للبيجرمي 183/2 -184

إن التفرقة بين الجهل بالأجل، والجهل بالمعقود عليه محل اتفاق بين الفقهاء قديما، وحديثا، وقد نقلت الكتابات الحديثة المتخصصة هذا الاتفاق، ولا مخالف لهذا الرأي إلا ما نقل عن الإباضية في غير المرجوح عندهم[1].

3- عدم شمول تعريفات الغرر للجهل بما عليه المعقود عليه في الواقع كبيع المعيب، والجهل بالتقييم كبيع النجش، وتلقي الركبان، وقد اتفق الفقهاء على أنهما من باب الغرر[2]، وقد انتقد الضرير قول الفقهاء بأن هذه البيوع من باب الغرر، وذكر أنهما من التغرير، وفرق بين الغرر والتغرير[3]، ولا نؤيد الضرير فيما ذهب إليه، ولم أجد من أيد الضرير فيما ذهب إليه، أما الدكتور ممدوح فقد تذبذبت عباراته، فأحيانا يرجح ارتباط الغرر بالجهل، وجعلهما كاللفظين المترادفين، ثم يعود مرة أخرى، ويقرر أن الغرر لا يقتصر على الجهل بالمعقود عليه، كما أنه لم يتعرض، ولم يناقش قول الفقهاء بشمول الغرر لتلقي الركبان، وبيع النجش، والجهل بالتقييم، وما في حكم هذه البيوع[4].

إن قصور تعريفات الغرر عن شمولها لجميع صور الغرر لا يمكن تفسيره إلا على إرادة الفقهاء لنوع معين من أنواع الغرر، وذلك لعدم اعتياد مثل هذا ممن هم في قوة إدراك وبعد نظر الفقهاء، والذي أرجحه هو اختصاص هذه التعريفات السابقة بالغرر الذي يعود إلى المعقود عليه من حيث الجهل، والقدرة على التسليم، ويؤيد هذا الاستخلاص عدة أمور أهمها:

1- إيراد الفقهاء لهذه التعريفات عند حديثهم عن شرط العلم بالمعقود عليه.

---

(1) الإيضاح للشماخي 54/5. 8 الغرر وأثره في العقود للضرير ص 278 وما بعدها. الغرر في العقود للخفيف ص 123 وما بعدها.

(2) الأم للإمام الشافعي 89/8، 121. المحلى لابن حزم 484/8 – 450. المقدمات لابن رشد 26/2 – 64. المغني لابن قدامة 4/ 159، 235 – 241. شرح فتح القدير لابن الهمام259/6-262، 409،400 وما بعدها، 476 وما بعدها. البحر الزخار للمرتضي 279/4، 296 – 297، 351. مواهب الجليل للحطاب 361/4، 409. الروض النظير للسياغي 254/3 – 255، 303 – 305. الإيضاح للشماخي 5/ 93، 98، 101، 245، 259.

(3) الغرر وأثره في العقود للضرير ص 36.

(4) أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته - مبروك – الدكتور ممدوح محمد مبروك – رسالة دكتوراة – (القاهرة - المكتب الفني للاصدارات القانونية – ب ط - سنة 1999 م) ص 54 – 55.

2- تعدد التعريفات للغرر للفقيه الواحد، وذلك عند اختلاف موضوع البيان، وقد نقل الضرير أكثر من حالة، ومنها، ما أورده عن ابن تيمية، وابن القيم، والقرافي، واعتبر الضرير هذا الاختلاف من باب الاضطراب في تحديد الغرر(1)، وأخالف الضرير في هذا، وأرجح إرجاع هذا الاختلاف، لاختلاف موضوع البيان.

3- اللجوء إلى التعريف بالرسم عند الحديث عن الغرر بشكل عام.

ونجد هذا كثيرا في كتب شرَّاح الأحاديث عند شرحهم للأحاديث المتعلقة بالغرر بشكل عام، ومن أمثلة ذلك ما ذكره النووي(*) في شرحه لصحيح مسلم إذ يقول: (وأما النهي عن بيع الغرر، فهو أصل عظيم، ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة، كبيع الأبق، والمعدوم، والمجهول، وما لا يقدر على تسليمه)(2)، وقد أورد هذه العبارة العيني(*) في كتابه العمدة في شرح صحيح البخاري(3)، واستدل بها الشوكاني على تنوع أبواب الغرر(4).

إن أبواب الغرر عند الفقهاء وجدت متناثرة، وعرض كل باب عند الحديث عن متعلقه، فمثلا عند الحديث عن العاقدين، وشروطهما تعرضوا للغرر بسبب العاقدين، وعند بيان المعقود عليه، وشروطه، وأحكامه عرضوا الغرر المتعلق بالمعقود عليه.

وقد حاولت الدراسات الحديثة المتخصصة لم هذا الشتات، وحاولت رسم حدود الغرر وأحكامه، وقد اتفقت الدراسات الحديثة على تنوع أبواب الغرر، ومتعلقه، وذهب عدد من البحاث إلى تعريف الغرر بالرسم، وذكر أنواعه، ولعل السبب في هذا المسلك هو عدم

---

(1) الغرر وأثره في العقود للضرير ص 31، 37، 39.

(*) النووي هو يحي بن شرف بن مري بن حسن الحزاني الحوراني النووي الشافعي، أبو زكريا محي الدين، علامة بالفقه والحديث، ووفاته في نوا بسورية، توفي سنة 676 هـ الأعلام للزركلي 149/8.

(2) صحيح مسلم بشرح النووي للنووي 416/5.

(*) العيني هو محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد أبو محمد، بدرالدين الحنفي، مؤرخ علامة، من كبار المحدثين، أصله من حلب، عكف على التدريس والتصنيف إلى أن توفي بالقاهرة سنة 855 هـ الأعلام للزركلي 163/7.

(3) عمدة القارئ للعيني 462/11.

(4) نيل الأوطار للشوكاني 243/5- 244.

إمكانية وضع تعريف جامع مانع لأبواب الغرر[1]، وذلك لتنوعها، واختلاف مضمونها، ومتعلقها، واختلاف أحكامها، وأثارها.

أستخلص من العرض السابق لأراء الفقهاء في الغرر ما يلي:

-1 اتساع دائرة الغرر، وتنوعه، فالغرر قد يكون في صيغة العقد كبيعتين في بيعة، وقد يكون في العقد كبيع العربون، وقد يكون في العاقد كبيع السكران، والمجنون، وقد يكون في المعقود عليه كبيع المجهول، وغير المقدور على تسليمه.

وما يهمنا في هذا الباب هو الغرر في المعقود عليه، وله عدة صور أهمها:

أ - بيع غير المقدور على تسليمه كالبعير الشارد، والعبد الأبق، فشرط العلم لا يغني عنه، وقد ذكر الفقهاء هذا الشرط منفصلا عن شرط العلم، واتفقوا على عدم صحته للغرر، خلافا لابن حزم، فقد أجاز بيع العبد الأبق، وما في حكمه لأنه معلوم، وحصول العلم ينفي الغرر.

ب- الجهل، وله عدة صور أهمها: الجهل بالذات، والجنس، والقدر، والأوصاف المعتبرة عادة، والجهل بما عليه المعقود عليه، والجهل بالتقييم، والجهل بالأجل إذا كان جزءا من المعقود عليه، كما في العقود الزمنية.

-2 يوضح العرض السابق اتفاق الفقهاء على شمول الغرر لجميع صور الجهل السابق ذكرها، ولا مخالف لهذا الرأي، إلا ما نقل عن القرافي من القول بانفصال الجهل عن الغرر، فالغرر عنده ما لا يدري هل يحصل، أم لا يحصل، والجهل ما علم حصوله، وجهلت

---

(1) الغرر في العقود للخفيف ص 86. الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص 270، 418 – 420. مشكلة الاستثمار وكيف عالجها الإسلام للصاوي ص116، 379، 392. الموسوعة الفقهية الكويتية 155/34. الجامع لأصول الربا للمصري ص 383 – 384. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 460/4، 503 – 506. أنواع البيوع التي يستعملها كثير من الناس للجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالسعودية ص 86. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي -شبر – الدكتور محمد عثمان شبر (الأردن - دار النفائس - ط الأولى سنة 1986 م)ص 18. عقد البيع- الزرقا – مصطفى أحمد الزرقا (دمشق - دار العلم - ط الأولى – سنة 1999 م) ص 29، 36. أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته لمبروك ص 55 – 58.

صفته[1]، وقد بين الضرير أسباب عدم رجاحة هذا الرأي[2]، وإن لم نقبل توجيهه على أساس اختلاف موضوع البيان.

لقد اكتفيت بهذه المسائل المتعلقة بالغرر لكفايتها في الدلالة على المطلوب، وهو علاقة الجهل بالغرر، حيث دل العرض السابق دلالة واضحة على أن الجهل باب من أبواب الغرر، فالغرر أعم من الجهل، فكل جهل غرر، والعكس غير صحيح، ولكن هل أبواب الغرر لها حكم واحد، وهل تتفق جميع أبواب الغرر في الآثار، أم لا؟، وإذا كانت تختلف هل للجهل استقلاليته أم لا ؟، هذا ما سأوضحه في الفقرة التالية.

علاقة الجهل بالغرر من حيث النهي والآثار.

لقد أوضحت في الباب الأول من هذا البحث أن الجهل منهي عنه في البيوع قولا واحدا، ولا مخالف لهذا القول ممن يعتد بقوله، واستند الفقهاء على هذا النهي بأدلة نقلية وعقلية.

ومن الأدلة النقلية التي استدل بها الفقهاء على القول بالنهي عن الجهل أحاديث النهي عن الغرر، فالنهي عن الغرر ورد بالنص، ومن هذه الأدلة ما رواه أبو هريرة ﷺ قال: (نهى رسول الله عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر)[3]، وقد سبق ذكر بعض الأحاديث التي ورد فيها النهي عن الغرر بالنص في الباب الأول من هذا البحث.

إن الغرر بشكل عام لم ينه الشرع عن جنسه، كان الغرر للجهل بالمعقود عليه، أو لغيره، فجنس الغرر لا يمكن خلو البيوع منه، وقد اتفق الفقهاء على أن هناك قدر من الغرر معفو عنه، ولا يعد من الغرر المنهي عنه، ووجود قدر من الغرر معفو عنه لا يختص بالغرر للجهل بالمعقود عليه، بل يشمل كل أنواع الغرر لكونه غرر فحسب، والأمثلة على ذلك كثيرة، منها مثلا، الغرر للجهل بالتقييم، والغرر للجهل بما عليه المعقود عليه، فالغرر للغبن لا يدخل في

(1) الفروق- القرافي – أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن (ب دار- ب ط – سنة 1344هـ) 265/3.

(2) الغرر وأثره في العقود للضرير ص 38.

(3) اللفظ لمسلم– صحيح مسلم لمسلم – كتاب البيوع - باب بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر 1153/3.

النهي إذا كان مما جرت به العادة، وكذلك الغرر للعيب، فلا يرد المبيع لأي عيب، وهذه الأحكام محل اتفاق عند الفقهاء[1].

يؤيد القول بأن جنس الغرر غير منهي عنه شرَّاح الحديث، حيث اتفقوا على أن هناك قدرا من الغرر لا يدخل في النهي، وذلك عند شرحهم لأحاديث النهي عن الغرر، ولم يخصصوا هذا الحكم بباب معين من أبواب الغرر، وقولهم بأن هناك قدرا من الغرر عفى عنه الشارع يأتي عادة بعد ذكرهم لأنواع الغرر بشكل عام، وبعد تقريرهم اتساع دائرة الغرر، وتعدد أبوابه، وهذا يدل على أن العفو عن قدر معين من الغرر لا يخص باب من أبوابه، وعبارة النووي توضح ما سبق بيانه إذ يقول: (... أما النهي عن بيع الغرر فهو أصل عظيم من أصول البيوع... ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة.... قال العلماء مدار البطلان بسبب الغرر، والصحة مع وجوده على ما ذكرناه، وهو أنه إن دعت حاجة إلى ارتكاب الغرر، ولا يمكن الاحتراز منه إلا بمشقة، وكان حقيرا جاز البيع وإلا فلا.... والخلاف مبني على هذه القاعدة)[2]، ويقول الشوكاني بعد ما بين تنوع أبواب الغرر: (... ويستثنى من بيع الغرر أمران، أحدهما ما يدخل في المبيع تبعا، والثاني ما يتسامح بمثله، إما لحقارته، أو للمشقة في تمييزه. أو تعيينه)[3]، وقد نقل الأحوذي في شرحه لصحيح الترمذي اتفاق العلماء على جواز الغرر إذا كان حقيرا، أو يشق الاحتراز منه، وأورد نفس عبارة النووي، ولم يخصص هذا الاتفاق بالغرر للجهل، أو بنوع معين من أنواع الغرر[4].

أخلص من خلال ما سبق إلى أن جميع أنواع الغرر منهي عنها، وأن للجهل قدر منهي عنه، والنهي لا يتناول جنسه، ولا فرق بين الغرر للجهل بالمعقود عليه، وغيره من أنواع الغرر في النهي،إلا أن هذا الاتفاق لم يستمر في الآثار، حيث أن أثر الغرر يختلف باختلاف

---

(1) الأم للإمام الشافعي 121/8. المدونة لسحنون 355/3، 4/ 170 وما بعدها. المحلى لابن حزم 338/8 - 342. بدائع الصنائع للكاساني 272/5 وما بعدها. المغني لابن قدامة 235/4. مواهب الجليل للحطاب 468/4 - 470، الحدائق الناضرة للبحيراني 58/18.، الغرر في العقود للخفيف ص 100 وما بعدها.

(2) صحيح مسلم بشرح النووي للنووي 416/5.

(3) نيل الأوطار للشوكاني 244/5.

(4) تحفة الأحوذي للأحوذي 355/4 -357.

بابه،وهذا يعني أن لكل باب خصوصيته من حيث الآثار، وإن اتفقت في النهي، وضمها باب الغرر، وعليه فسأوضح استقلال الجهل بالمعقود عليه وخصوصيته من حيث الآثار، وإن كان بابا من أبواب الغرر.

استقلالية الجهل عن الغرر من حيث آثار النهي.

إن الجهل بالمعقود عليه، وإن كان نوعا من أنواع الغرر، إلا أن له استقلاليته من حيث أثر النهي، فالنهي عن الجهل بالمعقود عليه يترتب عليه البطلان باتفاق الفقهاء، وتفرقة الأحناف بين المعدوم والمجهول لا تتجاوز اللفظ، وقد رتبوا البطلان على الجهل، وإن قالوا من حيث اللفظ بالفساد، وقد أوضحت هذه المسألة في الفصل الأول من هذا الباب، ولم يفرق الفقهاء بين العقود الزمنية، وغيرها في تطبيق البطلان وأثاره، وأما الالتزامات التي تترتب على أطراف العلاقة العقدية في العقود الزمنية الباطلة فمصدرها الإثراء بلا سبب لا العقد، وقد فصلت القول في ذلك.

لقد رتب الفقهاء آثار البطلان على الجهل بالمعقود عليه قولا واحدا، فالعقد يصبح كلا عقد إذا كان المعقود عليه مجهولا، أما أثر الغرر فيختلف باختلاف بابه، وعلى هذا شواهد كثيرة، وسأركز على أنواع الغرر المتعلقة بالمعقود عليه، وأهمها:

1- بيع غير المقدور على تسليمه.

لقد اتفق الفقهاء على بطلان غير المقدور على تسليمه للغرر[1] خلافا للظاهرية الذين قالوا بصحة بيع غير المقدور على تسليمه، إلا إذا كان مجهولا[2]، إلا أن أثر الجهل يختلف عن أثر عدم القدرة، وإن بدا ظاهريا اشتراكهما في البطلان، فالجهل أقوى أثرا من القدرة على التسليم، والدليل على هذا عدة أمور أهمها:

---

(1) المقدمات لابن رشد 75/2. بدائع الصنائع للكاساني 147/5. المغني لابن قدامة 221/4 - 222. المجموع للنووي 283/9. وسائل الشيعة للعاملي 262/12. الروض النظير للسياغي /245. الإيضاح للشماخي 54/5. الغرر وأثره في العقود للضرير ص 298. مشكلة الاستثمار وكيف عالجها الإسلام للصاوي ص 382. الغرر في العقود للخفيف ص 117. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 449/4، 503.

(2) المحلى لابن حزم 388/8 - 389.

أ - اتفاق الفقهاء على بطلان العقد إذا كان المعقود عليه مجهولا بصرف النظر عن نوع العقد بيعا، أو إجارة، أو مساقاة، أو جعالة، أما إذا كان المعقود عليه غير مقدور على تسليمه فقد اتفق الفقهاء على جواز العقد عليه في بعض الحالات، منها الجعل على البعير الشارد، والجعالة نوع من أنواع البيوع، وكذلك العقد استصناعا على المعدوم وقت العقد، وهو غير مقدور على تسليمه، كما أجاز الظاهرية العقد على غير المقدور على تسليمه بإطلاق[1]، وهذا يدل على أن أثر الجهل أقوى من أثر عدم القدرة على التسليم.

ب- عند اجتماع عدم القدرة على التسليم والجهالة قدم الفقهاء الجهالة، وهذا دليل على أن الجهالة أقوى أثرا، فالمعقود عليه في بيع النتاج غير مقدور على تسليمه، كما أنه مجهول، وكذلك بيع الحمل في بطن أمه، والثمر قبل بدو صلاحه، وبيع اللبن في الضرع، وقد ذكر الفقهاء هذه البيوع ضمن بيع المجهول، ولم يتعرض أكثر الفقهاء لمسألة عدم القدرة في هذه البيوع، ومن تعرض لها، فقد ذكرها بشكل عرضي، أما الظاهرية فلم يعتبروا القدرة على التسليم شرطا لصحة البيوع[2].

ج- لقد اختلف الفقهاء في اعتبار المزارعة، والاستصناع، وما في حكمها أصل أم استثناء من بيع المجهول، ولم تثار مسألة القدرة على التسليم في هذه العقود، والنتاج الذي اعتبره الفقهاء جزءا من المعقود عليه غير مقدور على تسليمه، كما هو مجهول، وهذا دليل على قوة أثر الجهل[3].

---

(1) لقد اختلف الفقهاء في الجعالة من حيث الاطلاق، فأجازها المالكية، والشافعية، والحنابلة، والشيعة، ومنعها الأحناف، ولم تذكر كباب مستقل من أبواب الفقه في مصادرهم، وقد نقل عن أبي حنيفة جواز الجعل على الأبق، والبعير الشارد، أما من حيث المضمون فإن صور الاستصناع، وبعض صور الإجارة لا تخرج عن معنى الجعالة عند من أجاز الجعالة، انظر مثلا في جواز الجعالة عند الفقهاء: المدونة لسحنون 467/3 وما بعدها. الذخيرة للقرافي 5/6 وما بعدها. مواهب الجليل للحطاب 452/5 وما بعدها. الروضة البهية للعاملي 351/3 وما بعدها. الإقناع للجحاوي 294/2. منتهى الإرادات لابن النجار 550/1 وما بعدها. مغني المحتاج للشربيني429/2 وما بعدها. كشف القناع للبهوتي 202/4 وما بعدها. حاشية البيجرمي للبيجرمي 238/3 وما بعدها.

(2) انظر مثلا: الأم للإمام الشافعي 87/8. التفريع لابن الجلاب 165/2 - 166. بدائع الصنائع للكاساني 138/5 - 139. المغني لابن قدامة 93/4، 230 - 232. المبدع في شرح المقنع 27/4 - 30.

(3) تناولت في الباب الأول من هذا البحث أراء الفقهاء في اعتبار العقود السابقة استثناء أم أصل، وقد اتفق الفقهاء على أن أساس اعتبارها استثناء من عدمه هو احتوائها على الجهل المؤثر من عدمه، ولم تثار مسألة القدرة على التسليم. راجع ص 65-88 من هذا البحث.

الجهل بما عليه المعقود عليه.

من أهم الأمثلة على الجهل بما عليه المعقود عليه بيع المعيب، والجهل بما عليه المعقود عليه لا يدخل ضمن الجهل بالمعقود عليه كما أوضحت سابقا، وقد اتفق الفقهاء على أن الجهل بما عليه المعقود عليه من الغرر، وقد اتفق الفقهاء على أن هذا الغرر لا يؤدي إلى بطلان العقد، بخلاف بيع المجهول، فقد رتب عليه الفقهاء البطلان باتفاق، أما بيع المعيب فقد اتفق الفقهاء على صحته، واختلفوا في ثبوت الخيار، أو إجبار النقص[1]، والعقد في الحالتين صحيح، لأن الخيار لا يثبت إلا إذا كان العقد صحيحا، وصحة العقد في إجبار النقص ظاهرة.

الجهل بالتقييم.

إن الجهل بالتقييم لا يعد من الجهل بالمعقود عليه كما قد أوضحت سابقا، ومن أهم تطبيقاته تلقي الركبان، وبيع النجش، وبيع الحاضر للبادي، والغبن في البيع لضعف التقييم.

لقد فرق الفقهاء بين أثر النهي في هذه البيوع، وأثر النهي للجهل، مع أن هذه البيوع تشترك مع الجهل في كونها من أبواب الغرر، وأوضح هذا الاختلاف في بيع التلقي، والنجش، والغبن لضعف التقييم، وذلك لإثبات اختلاف الجهل بالمعقود عليه عن الجهل بالتقييم من حيث الآثار، واكتفيت بهذه العقود، لأن ما في معناها يرجع إليها.

أ - بيع التلقي.

لقد اتفق فقهاء الشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والهادوية، والأوزاعي، والشيعة على صحة بيع التلقي، وهو الراجح عند الأحناف والمالكية، وأما خلافهم في ثبوت الخيار فلا يمس بأصل الموضوع، لأن العقد صحيح في الحالتين، وهذا يثبت اختلاف أثر الجهل بالتقييم عن الجهل بالمعقود عليه، وقد ذهب بعض فقهاء المالكية والأحناف إلى القول بعدم صحة هذا البيع، إلا أنهم

---

(1) انظر مثلا: الام للامام الشافعي 121/8 وما بعدها. المونة لسحنون 170/4 وما بعدها. المحلى لابن جزم 338/8 - 342 بدائع الصنائع للكاساني 272/5 وما بعدها. المغني لابن قدامة 159/4 وما بعدها، 235 .

صحيح مسلم بشرح النووي للنووي 166/10 - 167 . عمده القارئ للعيني 277/11 شرح فتح القدير لابن الهمام 257/6 269 ، 355 وما بعدها. مواهب الجليل للحطاب 409/4 وما بعدها 437 - 444. الروضة البهية للعاملي 358/3 الايضاح للشماخي 101/5.

فرقوا بينه، وبين الجهل بالمعقود عليه، من حيث المقاصد، والحكم[1]، وفي جميع الأحوال هذا القول غير راجح في الفقه الإسلامي، ويبقى أثر الجهل بالمعقود عليه أقوى، للاتفاق على بطلانه.

ب- بيع النجش.

إن الراجح في الفقه الإسلامي هو صحة بيع النجش، فقد قال بهذا الرأي الأحناف، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والشيعة، والظاهرية، وأما اختلافهم في ثبوت الخيار من عدمه، فلا يؤثر في الصحة، وأما ما روي عن الإمام مالك من القول بفساد بيع النجش فهي رواية غير راجحة، بل الراجح عن الإمام مالك القول بصحة بيع النجش مع ثبوت الخيار[2]، وهذا يدل على الاختلاف بين الجهل بالتقييم والجهل بالمعقود عليه من حيث أثر النهي.

ج- الغبن للضعف في التقييم (بيع المسترسل).

يراد به من يخدع دائما في البيوع، لجهله بتقييم السلع، مما يجعله يغبن دائما.

لقد اتفق الفقهاء على صحة هذا البيع مع الغبن، وإن اختلفوا في ثبوت الخيار، وشروطه من عدمه، فقد نقل القول بصحة البيع ولزومه عن الشافعي، وأبي حنيفة، وهو أصح الروايات عن الإمام مالك، والراجح عند الأحناف، والحنابلة، والظاهرية، والشيعة صحة البيع مع ثبوت الخيار إذا كان الغبن غير معتاد[3].

(1) الأم للإمام الشافعي 89/8.. المحلى لابن حزم 449/8 - 450. المقدمات لابن رشد 63/2 - 64. بدائع الصنائع للكاساني 377/5. المغني لابن قدامة 241/4. مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 359/29 - 360. صحيح مسلم بشرح النووي للنووي 163/10. عمدة القارئ للعيني 276/11. شرح فتح القدير لابن الهمام 276/6 -278 البحر الزخار للمرتضي 297/4.

(2) المحلى لابن حزم 448/8. المقدمات لابن رشد 63/2 - 64. المغني لابن قدامة 235/4. صحيح مسلم بشرح النووي للنووي 158/10. عمدة القارئ للعيني 263،259/11. البحر الزخار للمرتضي 296/4. مغني المحتاج للشربيني 36/2 - 38. نيل الأوطار للشوكاني 266/5. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 131/4 - 134. الإيضاح للشماخي 98/5.

(3) المحلى لابن حزم 443/8. المغني لابن قدامة 235/4. صحيح مسلم بشرح النووي للنووي 168/10. مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية 359/29 - 360. عمدة القارئ للعيني 234/11. الروض النظير للسياغي 254/3 - 255.

إن اتفاق الفقهاء على صحة البيع مع الغبن دليل على اختلاف أثر الجهل عن بقية أنواع الغرر.

إن عدم القدرة على التسليم، والجهل بالتقييم، والجهل بما عليه المعقود عليه من أهم أنواع الغرر المتعلقة بالمعقود عليه، إضافة إلى الجهل بالمعقود عليه، وتدل آثار أبواب الغرر السابقة على أن للجهل استقلاليته، فهو وإن كان من الغرر، إلا أن له أحكامه، وآثاره المنفصلة عن أبواب الغرر الأخرى، فأبواب الغرر وإن اشتركت في النهي، إلا أنها تختلف في الآثار المترتبة على هذا النهي، فبطلان العقد إذا كان المعقود عليه مجهولا للجهل لا للغرر، لأن مجرد اتصاف العقد بالغرر لا يترتب عليه البطلان بالضرورة، بل إن أكثر أبواب الغرر الأخرى، والمتعلقة بالمعقود عليه لا يترتب عليها البطلان وفقا للراجح عند الفقهاء.

المبحث الثاني

علاقـة الجهـل بربا البيوع

إن ربا البيوع من الموضوعات التي ثار جدل فقهي حول مسائله، وتخليص البيوع من الربا شرط لصحتها، وربا البيوع يكون بسبب الزيادة في أحد العوضين، أو التأخير في القبض، والذي يهمنا هو ربا البيوع بسبب الزيادة في أحد العوضين، فالربا يدخل البيوع بسبب الزيادة بين عوضين من أموال الربا، إذا اتحد جنسها، ولا يتصور تحقق المماثلة، أو معرفتها إذا كان أحد العوضين، أو هما مجهولا، لهذا كان من الضروري التمييز بين الجهل المفضي للربا، والجهل بالمعقود عليه؛ ولما أوضحت الجهل بالمعقود عليه وعناصره، كان من الضروري تحديد الجهل المفضي للربا للتمييز بينهما.

تحديد الجهل المفضي للربا.

يشترط لصحة البيع المساواة بين العوضين إذا اتحد جنسهما، وكانا من الأموال الربوية، وقد أوضحت السنة النبوية شرط المساواة، والأموال الربوية، وقد وردت أحاديث كثيرة تنص على شرط المساواة، وتحدد الأموال الربوية، ويجمع هذه الأحاديث حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: قال رسول الـلـه صلى الله عليه وسلم: (الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلا بمثل، سواء بسواء، فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد)[1].

إن هذا الحديث، وما في معناه من أهم الأسانيد التي اعتمد عليها الفقهاء في اشتراط المساواة في بيع الأموال الربوية، إذا اتحد الجنس، وقد اتفق الفقهاء على هذا الشرط، ولا

(1) اللفظ لمسلم _ صحيح مسلم لمسلم - كتاب البيوع _-باب الصرف وبيع الذهب والورق نقدا 692/1. والمعني للنسائي، وأبي داودو، وابن ماجة - سنن النسائ للنسائي – كتاب البيوع – باب بيع الشعير بالشعير 243/7. سنن أبي داود لأبي داود _ كتاب البيوع - باب الصرف 248/3. سنن ابن ماجة لابن ماجة- كتاب التجارات – باب الصرف وما لا يجوز متفاضلا يدا بيد 757/2 - 758.

مخالف لهم ممن يعتد بقوله، إلا ما روي عن ابن عباس[1]، وسأتولى توجيه رواية ابن عباس عند بيان حكم ربا الفضل.

إن العلم بتماثل طرفي المعقود عليه يقتضي العلم بهما، فالجهل مخل بشرط العلم، فهل الجهل المفضي للربا هو عين الجهل بالمعقود عليه، أم يختلف ؟.

ذكرت فيما سبق أن الجهل يتعلق بالمعقود عليه من عدة جوانب هي: الجهل بالتقييم، الجهل بما عليه المعقود عليه في الواقع، والجهل بعناصر المعقود عليه، وأوصافه المقصودة، والفقهاء أرادوا النوع الأخير بالجهل بالمعقود عليه، والمهم هو دور النوع الثالث في ربا البيوع، ولهذا سأركز على علاقة الجهل بالمعقود عليه بربا البيوع، وأذكر علاقته بالنوعين الآخرين بشكل عرضي.

علاقة ربا الفضل بالجهل بالتقييم.

إن الجهل بالتقييم لا يعد من الجهل المفضي لربا الفضل، وذلك لأن الشارع قام بالتقييم بنفسه، ولم يترك ذلك لحرية الإرادة، فشرط المساواة بين العوضين وزنا في الموزون، وكيلا في المكيل، وعدا في المعدود، فالطرفان عليهما القبول بالتقييم الذي حدده الشارع، أو الربا، ولهذا يخرج الجهل بالتقييم من دائرة الجهل المفضي للربا، كما خرج من دائرة الجهل بالمعقود عليه.

علاقة ربا الفضل بالجهل بما عليه المعقود عليه.

لقد اتفق الفقهاء على أن عدم المماثلة في بيع الأموال الربوية يفضي للربا، إذا اتحد الجنس، وأن التأخير في القبض يفضي لربا النساء إذا اتحدت العلة، ولهذا منع الفقهاء الخيار، والأجل في بيع الأموال الربوية، وذلك لما يترتب عليهما من التأخير، فالجهل بما عليه المعقود عليه لا يفضي للربا للجهل، وإنما يفضي للربا للتأخير في القبض، وعلى هذا الأساس اختلف الفقهاء في جواز أخذ بدل المغشوش في عقد الصرف إذا اكتشف الغش في المجلس، فمن قال

---

(1) الأم للإمام الشافعي 25/3. المنتقى في شرح الموطأ للباجي 459/4. المحلى لابن حزم 468/8 وما بعدها. المبسوط للسرخسي 111/12. المجموع في شرح المهذب للنووي 404/9. البحر الزخار للمرتضي 330/4. الإنصاف للمرداوي 12/5 وما بعدها. مواهب الجليل للحطاب 346/4 - 347.

بأن النقود تتعين بالتعيين منع الصرف، ومن قال بأن النقود لا تتعين بالتعيين أجاز الصرف بجواز أخذ البدل[1]، فالجهل بما عليه المعقود عليه لا يفضي لربا الفضل، وإنما يفضي لربا النساء، وربا النساء لا يتحقق بسبب الجهل، وإنما يتحقق بسبب التأخير في القبض، وليس بسبب عدم تحقق المماثلة التي تستلزم العلم، وانتفاء الجهل.

علاقة ربا الفضل بالجهل بالمعقود عليه.

بينت فيما سبق بأن جنس الجهل غير منهي عنه، وأن هناك قدرا من الجهل عفا عنه الشارع، والجهل المنهي عنه، والمخل بشرط الصحة والمبطل للعقد هو الجهل بعنصر من العناصر أو وصف معتبر، فهل هذا يسري على الجهل المفضي للربا، أم الأمر في الربا غيره في الجهل ؟.

من خلال الاطلاع على أراء الفقهاء يتبين وجود فرق بين الجهل المفضي للربا، والجهل بالمعقود عليه، وإن وجد التقاء بينهما في بعض الحالات، وفيما يلي أوضح الفرق بينهما.

إن الجهل بالمعقود عليه وفقا لضابط تحديد الجهل هو الجهل بالعناصر التي تختلف بسببها الأغراض، والأوصاف المقصودة عادة، فهل هذا يفضي للربا إضافة إلى أنه من الجهل المنهي عنه ؟.

أولا: العناصر.

لقد حصر الفقهاء عناصر المعقود عليه الواجب العلم بها لصحة البيوع في ثلاثة عناصر، وتتمثل في الجنس، والنوع والمقدار، واتفقوا على أن الجهل بهذه العناصر مبطل للبيوع[2]، أما ما يتعلق بالربا فالأمر يختلف من عنصر لعنصر، وذلك على النحو التالي:

---

(1) الأم للإمام الشافعي 25/3 وما بعدها. المدونة لسحنون 394/3 وما بعدها، 420 - 421. المحللابن حزم 448/8 وما بعدها. المبسوط للسرخسي 111/12. البحر الزخار للمرتضي 330/4. شرح فتح القدير لابن الهمام 142/7 وما بعدها. الإنصاف للمرداوي 322/4، 346 - 347

(2) بدائع الصنائع للكاساني 164/5. البيان للعمراني 80/5. كشف القناع للبهوتي 164/3. حاشية البيجرمي للبيجرمي 183/2. بلغة السالك للصاوي 6/2 وما بعدها.

الجهل بالجنس.

يشترط لخلو العقد من ربا البيوع المساواة بين العوضين إذا اتحد الجنس، وكان العوضان من الأموال التي يجري فيها الربا، وهذا يقتضي معرفة الجنس ضرورة، فالمال إذا جهل جنسه لا يعرف هل هو من الأموال الربوية، أم من الأموال غير الربوية، ولا يعرف هل يشترط المساواة بين العوضين أم لا.

إن الجهل بالجنس مبطل للعقد للربا، وللجهل بالمعقود عليه، إلا أن إفضاءه للربا يختلف من عدة وجوه أهمها:

أ - إن الجهل بالمعقود عليه هو الجهل بالجنس، فمجرد العلم بجنس المعقود عليه ينتفي الجهل، أما الجهل المفضي للربا، فهو الجهل بالجنس، والجهل بأن طرفي المعقود عليه من جنس واحد، فلابد لانتفاء الربا من العلم بجنس المعقود عليه، والعلم بأنهما من جنس واحد، فيشترط المماثلة، أم أنهما جنسان مختلفان، فلا يشترط المماثلة.

ب- أن الجهل بجنس المعقود عليه يبطل العقد بصرف النظر عن نوع المعقود عليه، بخلاف الأمر في الربا، فالجهل بالجنس لا يفضي للربا إلا إذا كان طرفي المعقود عليه من الأموال الربوية، ونعطي صورة مختصرة عن الأموال الربوية.

الأموال الربوية.

يقصد بالأموال الربوية الأموال التي يجري فيها الربا عند تبادلها، ولقد اتفق الفقهاء على أن الأصناف الستة الواردة في الحديث السابق من الأموال الربوية، واختلفوا فيما عداها، فذهب الظاهرية، وبعض فقهاء الحنابلة، والصنعاني إلى حصر الربا في الأموال التي ورد ذكرها في النص، وهي الذهب والفضة والشعير والبر والتمر والملح[1]، وذهب الأحناف، والمالكية، والشافعية، وأكثر الحنابلة، والشيعة إلى عدم انحصار الربا في الأصناف الستة، ويقاس عليها كل ما وافقها في العلة، إلا أنهم اختلفوا فيما يلحق بها تبعا لاختلافهم في العلة،

(1) المحلى لابن حزم 468/8 وما بعدها. الإنصاف للمرداوي 38/3. السيل الجرار للشوكاني 66/3 - 67. 46 -. الحجة للشيباني 581/2 - 582. بدائع الصنائع للكاساني 183/5 - 184.

فذهب الأحناف إلى أن علة الربا في الذهب، والفضة الوزن مع الجنس فيلحق بهما كل موزون، وفي الأصناف الأربعة الأخرى الكيل مع الجنس، فيلحق بهما كل مكيل[(1)]، والتعليل بأداة التقدير مع اتفاق الجنس هو الراجح عند الشيعة[(2)]، ورواية عن[(3)] الإمام أحمد، وذهب المالكية إلى أن علة الربا في النقدين هي الثمنية، واختلفوا في الثمنية، هل هي الثمنية الغالبة، أم مطلق الثمنية، والراجح في المذهب مطلق الثمنية، أما علة الربا في الأصناف الأخرى، فالراجح في المذهب هي الطعم مع الاقتيات، والادخار، فالأموال الربوية عند المالكية هي الأثمان، والطعام المقتات المدخر، وفقا للراجح في المذهب[(4)]، والتعليل بالثمنية في االنقدين هو الراجح عند الشافعية، وأحد الروايات عن الإمام أحمد، وقد رجح الشافعية التعليل بالطعم في الأصناف الأخرى، أي ما قصد للطعم اقتياتا، أو تفكها، أو إصلاحا، أو تداويا[(5)].

ج- إن المقصود بالجنس في الربا يختلف عنه كعنصر من عناصر العلم بالمعقود عليه، فالجنس باعتباره عنصر من عناصر العلم بالمعقود عليه يراد به ما يدل على ذات المعقود عليه، أي الاسم الموضوع له، فمثلا، مجرد معرفة أن هذا ذهب، أو فضة يحصل العلم، أو هذا قمح، أو بر يحصل العلم، ولهذا قام العلم بالذات مقامه، أما العلم بالجنس في الربا فهو قائم على معايير أخرى إضافة إلى معرفة ذات الشيء، ولم يتفق الفقهاء على معيار واحد لتحديد جنس المال الربوي، ولهذا اختلفوا فيما يعد جنسا واحدا، أو أجناسا، وللتوضيح أذكر بعض الأمثلة التي اختلف الفقهاء في اعتبارها جنسا واحدا، أو أجناسا، وسبب الاختلاف، من هذه الأمثلة اللحوم، والبر والشعير، فقد اختلف الفقهاء في اللحوم هل هي جنس واحد، أم أنها تختلف باختلاف أصلها؟، يقول الشربيني من الشافعية في

---

(1) الحجة للشيباني 581/2 -582. بدائع الصنائع للكاساني 183/5 - 184.

(2) البحر الزخا للمرتضي 331/4.

(3) الإنصاف للمرداوي 11/5 وما بعدها.

(4) المقدمات لابن رشد 13/2 وما بعدها. مواهب الجليل للحطاب 30/4 وما بعدها، 346 - 347. بلغة السالك للصاوي 22/2 وما بعدها.

(5) الأم للإمام الشافعي 3/8- 28. الوسيط في المذهب –الغزالي – أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي –تح – أبو عمر الحسين بن عمر بن عبدالرحيم (بيروت لبنان – دار الكتب العلمية –ط الأولى 2001 م)77/2 وما بعدها. الإنصاف للمرداوي 11/5 - 15.

اللحوم والألبان: (واللحوم والألبان أجناس، كذلك في الأظهر، لأنهما فروع لأصول مختلفة الأجناس، والثاني، أنهما جنس واحد، لاشتراكهما في الاسم)[1]، ويقول المرداوي[*] من الحنابلة في البر والشعير:(صرح المصنف أن البر والشعير صنفان، وهو المذهب، وعليه الأصحاب، وعنه هما جنس واحد)[2]، ويقول الحطاب من المالكية في القمح والشعير أيضا: (والمنصوص عليه في القمح والشعير جنس واحد لتقارب المنفعة... وقال عبد الحميد، وتلميذه السيوري: هما جنسان، واختاره ابن عبد السلام)[3]، فتحديد الجنس في الربا يختلف عنه في الجهل بالمعقود عليه، فبيع القمح بالشعير مثلا يتحقق العلم بالجنس بمعرفة أن المبيع قمح أم شعير، أما في باب الربا فلا بد من العلم بأن القمح والشعير جنس واحد أم جنسان، علاوة على العلم بأنهما قمح وشعير، ومعايير تحديد الجنس تختلف في باب الربا كما سبق وأن أوضحت.

الجهل بالنوع.

لقد اتفق الفقهاء على أن النوع من العناصر الأساسية التي تختلف بسببها الأغراض، والواجب العلم بها لانتفاء الجهل بالمعقود عليه، وذلك وفقا لضابط تحديد الجهل[4]، أما في باب الربا فالأمر يختلف، فالجهل بالنوع لا يفضي للربا، وقد اتفق الفقهاء على عدم الاعتداد باختلاف النوع في باب الربا، فلا أهمية لاختلاف النوع، أو اتحاده، لأنه لا دور له في التقييم، فالتقييم قام به الشارع، حيث اشترط المساواة إذا اتحد الجنس، أما إذا اختلف الجنس، فلا يجري ربا الفضل؛ فالعبرة في حصول ربا الفضل من عدمه هو العلم بالجنس، أما النوع فلا دور له في مسألة ربا الفضل؛ فقد أجاز الشارع مبادلة الجيد بالرديء، والقديم بالجديد، ولا

(1) مغني المحتاج للشربيني 367/2.

(*) المرداوي هو علي بن سليمان بن أحمد المرداوي ثم الدمشقي، فقيه حنبلي، من العلماء. توفي سنة 885 هـ الأعلام للزركلي 4/ 292

(2) الإنصاف للمرداوي 17/5.

(3) مواهب الجليل للحطاب 347/4.

(4) بدائع الصنائع للكاساني 164/5. البيان للعمراني 80/5. الروضة البهية للعاملي 204/3. كشف القناع للبهوتي 164/3. بلغة السالك للصاوي 6/2 وما بعدها.

يؤثر هذا في المقابل، فالمساواة شرط للخلو من الربا دون نظر للنوع، وما دام النوع لا ينظر إليه في حصول الربا، فلا أثر للجهل به في حصول الربا، فلا يجوز التفاضل لأجل الجودة، ولا تقل قيمة القديم في مقابل الجديد، ولا الرديء في مقابل الجيد، وهذا محل اتفاق عند الفقهاء[1]، فأحاديث ربا البيوع اشترطت المماثلة بمجرد اتحاد الجنس، وبصرف النظر عن اختلاف النوع، بل إن الرسول ﷺ أنكر على بلال رضي الله عنه التفاضل لأجل اختلاف النوع، فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: (جاء بلال إلى رسول الـلـه ﷺ بتمر برني، فقال له النبي ﷺ: من أين هذا يا بلال ؟ فقال بلال: كان عندنا تمر رديء، فبعت منه صاعين بصاع لمطعم النبي ﷺ، فقال النبي ﷺ عند ذلك: أوه هو عين الربا، عين الربا، لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري فبع التمر بيعا أخر، ثم اشتر به)[2].

إن النوع لا دور له في حصول الربا، فالتقييم محدد من الشارع، وهو مبني على الجنس، فألغى الشارع دور النوع في التقييم، ولهذا لا ضرورة للعلم، لانتفاء الربا، فبطلان العقد إذا جهل النوع للجهل بالمعقود عليه لا للربا.

الجهل بالمقدار.

إن المقدار أحد العناصر الأساسية التي اتفق الفقهاء على وجوب العلم بها لانتفاء الجهل بالمعقود عليه، واختلافهم في بعض المسائل العملية راجع لاختلافهم في قدر الجهل، هل هو من المعفو عنه، أم أنه من الجهل المنهي عنه، ففي بيع الجزاف مثلا، أجازه الأحناف، والشافعية، والحنابلة، والشيعة، وذلك لأن الجهل بالقدر نتيجة التخمين يعد من الجهل المعفو عنه، فالتقدير بالتخمين كالتقدير بأداته، ولهذا جاز بيع الجزاف ولو أمكن التقدير بأداته، فالتقدير بالتخمين يقوم مقام التقدير بالأداة في انتفاء الجهل بالمعقود عليه[3]، أما المالكية فقد

---

(1) المحلى لابن حزم 448/8. الوسيط للغزالي 80/2 - 82. شرح فتح القدير لابن الهمام 4/7، 11 - 35. المبدع لابن مفلح 132/2. الإنصاف للمرداوي 26/5.. البحر الزخار للمرتضي 336/4. مواهب الجليل للحطاب 346/4 - 347، 356. مغني المحتاج للشربيني 26/2-28.

(2) رواه مسلم - صحيح مسلم لمسلم - كتاب المساقاة - باب بيع الطعام مثلا بمثل 1215/3-1216.

(3) شرح فتح القدير لابن الهمام 259/6 -260. المغني لابن قدامة 139/4 - 140. الإنصاف للمرداوي 17/5. البحر الزخار للمرتضي 320/4. حاشية الجمل للجمل 37/3. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 27/4.

خالفوا الأحناف، ومن وافقهم، وقالوا بعدم جواز بيع الجزاف من حيث الأصل، فالجهل بسبب التقدير بالتخمين من الجهل المنهي عنه، فالتقدير بالتخمين مبطل للعقد من حيث الأصل للجهل، ولا يجوز اللجوء إليه إلا عند الضرورة، ولهذا اشترطوا لصحة بيع الجزاف الجهل بالمعقود عليه من قبل الطرفين، والمشقة غير المعتادة في تحقق العلم بأداة التقدير كالكيل، أو الوزن، فالجزاف عندهم استثناء من بيع المجهول[1].

إن عدم معرفة المقدار من باب الجهل، ولكن ما علاقته بربا البيوع ؟.

لقد أوضح العرض السابق اتفاق الفقهاء على شرط التماثل بين مقدار العوضين في بيع الأموال الربوية، وهذا يقتضي بالضرورة انتفاء الجهل، إلا أن الربا يختلف عن الجهل بالمعقود عليه من عدة جوانب أهمها:-

1- أن الربا لا يتحقق عند الجهل بالمقدار إلا إذا كان المال ربويا، واتحد الجنس، أما الجهل بالمعقود عليه فهو يتحقق في كل الأموال؛ اتحد الجنس أم اختلف.

2- إن الجهل المفضي للربا هو الجهل بتماثل طرفي المعقود عليه، وهذا يقتضي الجهل بالمعقود عليه ضرورة، فقد ينتفي الجهل بالمعقود عليه، ويتحقق العلم إلا أن الربا لا ينتفي، والأمثلة على ذلك كثيرة، فمثلا بيع التمر بالرطب إذا علم وزن الرطب والتمر، وكذلك بيع الذهب بالذهب، ومع أحدهما شعير، ووزن الذهب والشعير معلوم، فالجهل المفضي للربا هنا هو الجهل بالتماثل لا الجهل بالمعقود عليه فقط، فالجهل بالتماثل عند الفقهاء كتحقق المفاضلة في ربا الفضل، وقد اتفق الفقهاء على أن عدم تحقق التماثل يفضي للربا، ولهذا اتفقوا على عدم صحة البيوع السابقة للربا[2].

3- إن جنس الجهل في الربا منهي عنه، ولهذا لم يكتف الفقهاء بالجهل لتحقق الربا، بل اعتبروا احتمال الجهل كتحققه، ولهذا اشترطوا تحقق المماثلة، واعتبروا عدم تحقق المماثلة كتحقق المفاضلة، أما في باب الجهل فالأمر يختلف، فلا بد من تحقق الجهل، بل تجاوز الشارع

---

(1) مواهب الجليل للحطاب 285/4 وما بعدها. حاشية الدسوقي للدسوقي 20/3.

(2) فتح القدير لابن الهمام / 7/ 142 وما بعدها. مواهب الجليل للحطاب 319/4، 356 وما بعدها. الوسيط للغزالي 78/2 – 79، 82. الإنصاف للمرداوي 25/4 -35. مغني المحتاج للشربيني 2 /24وما بعدها.

عن قدر من الجهل، ولهذا ربط الفقهاء الجهل بالمعقود عليه المبطل للعقد بالمنازعة، وبناء عليه أجاز الفقهاء بعض البيوع مع الجهل، وأعدوا هذا الجهل معفوا عنه، بصرف النظر عن سبب عفو الشارع عن هذا القدر، ومن أهم الأمثلة على ذلك بيع الجزاف، فقد اتفق الفقهاء على جواز البيع، مع عدم تحقق العلم التام، لأن العلم هنا مبني على التخمين، وأما الاختلاف بين المالكية، وفقهاء المدارس الأخرى فهو خلاف في حدوده، وذلك وفقا للنظرة للجزاف هل هو أصل أم استثناء.

4- يشترط في باب الربا التقدير بالأداة التي يقدر بها المبيع بحسب الأصل، أما في باب الجهل فيكفي التقدير بالأداة التي جرى بها التعامل، ولو خالفت الأصل، بل أجاز بعض الفقهاء التقدير ولو بأداة غير معتادة، كملء هذا الصندوق طعام، أو وزن هذا الحجر طعام، وقد أوضحت ذلك في الباب الثاني من هذا البحث، فمثلا بيع الشعير بالوزن يفضي للربا للجهل بكيله، لأن الأصل فيه الكيل، فالربا لا ينتفي بالعلم بوزن الشعير ولو كان الوزن معتادا في التعامل، وكذلك لو بيع الذهب بالذهب كيلا لا ينتفي الربا للجهل بوزن الذهب[1]، أما في باب الجهل، فيحدد وفقا للأداة المعتادة في التعامل، ولو خالفت الأصل، واختلف الفقهاء في التحديد بأداة غير معتادة في التعامل والراجح جوازها.

ثانيا: الأوصاف.

لقد اتفق الفقهاء على أن الأوصاف لا دور لها في الربا، ولا فرق بين الأوصاف المقصودة عادة، والأوصاف غير المقصودة، فالعبرة في ربا الفضل بالجنس، فإذا اتحد الجنس وجب التماثل في القدر للخلو من الربا، فإذا تماثل طرفي المعقود عليه خلا العقد من الربا، ولا عبرة باختلاف الأوصاف، أو النوع، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء، فاختلاف الأوصاف لا يفضي للربا مهما كانت الصفة، وبصرف النظر عن دورها في حصول الرضي، وتلبية الرغبات، وتحديد السعر[2]، أما الجهل بالمعقود عليه فهو الجهل بالعناصر، والأوصاف المقصودة عادة، وذلك وفقا لضابط الجهل.

---

(1) انظر مثلا:الحجة للشيباني 581/2 وما بعدها. المغني لابن قدامة 18،9/4. المجموع للنووي 393/9. البحر الزخار للمرتضي 335/4. مغني المحتاج للشربيني 24/2. حاشية الدسوقي للدسوقي 53/3.

(2) المغني لابن قدامة 5/4. البحر الزخار للمرتضي 336/4. شرح فتح القدير لابن الهمام 4/7، 8. مغني المحتاج للشربيني 26/2 وما بعدها. حاشية الدسوقي للدسوقي 48/3.

من خلال ما سبق يتضح الفرق بين الجهل بالمعقود عليه، والجهل المفضي للربا، فالجهل بالمعقود عليه، وإن أدى للربا في بعض الحالات إلا أنه يختلف عنه في كثير من المسائل، فالجهل المفضي للربا هو الجهل بالجنس، والقدر، فتحديد الجنس في باب الربا يختلف عنه في باب الجهل، فالمراد بالجنس في الربا هو الجهل باتحاد جنس طرفي المعقود عليه، وأساس تحديد الجنس محل خلاف بين الفقهاء، فقد يكون الأساس المنفعة، وقد يكون الأساس الاسم، أما الجهل بالمعقود عليه فيكفي معرفة الجنس بما يدل على الذات، وذلك من خلال الاسم الذي يطلق على المعقود عليه، فتحديد القدر يختلف في الربا عنه في الجهل، حيث أن المراد في الربا الجهل بتماثل العوضين، والجهل بالقدر يؤدي ضرورة إلى الجهل بتماثل العوضين، والعلم بالقدر لا يؤدي ضرورة إلى تحقق العلم بتماثل العوضين، وانتفاء الربا.

الفرق بين الجهل، والربا من حيث الحكم والآثار.

لقد اتفق الفقهاء على أن بيع المجهول من البيوع المنهي عنها، فهو من باب أكل أموال الناس بالباطل، ومن باب المقامرة، والمخاطرة، ومن أسباب المنازعة، ويترتب على النهي عدم صحة بيع المجهول، وقد اتفق الفقهاء على ترتيب آثار البطلان على بيع المجهول، فلم يرتب العقد أي أثر في ذمة طرفيه إذا كان المعقود عليه مجهولا، فالمتعاقدان في بيع المجهول يعودان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، وقد فصلت القول في حكم بيع المجهول، وأثاره في فقرات سابقة من هذا البحث[1].

إذا عرفنا حكم الجهل وأثاره، فما هو حكم الربا، وهل هناك فرق بين الربا والجهل في الحكم والآثار، أم لا ؟.

إن بيان الاتفاق أو الاختلاف بين الربا والجهل في الحكم والآثار يقتضي بيان حكم الربا وأثاره، ثم بعد ذلك أوضح أوجه الاختلاف إن وجدت.

---

(1) راجع 20-21، 165-186. من هذا البحث.

أولا- حكم الربا.

إن الربا باب واسع، قد ثار جدل فقهي حول حكمه، وأدلة الحكم، والآثار المترتبة على حكم الجهل، وسأقتصر في إجراء المقارنة على ما ترجح من الآراء، من خلال الأسانيد النقلية، والعقلية، وأراء الفقهاء.

لقد ورد النهي عن ربا البيوع من القرآن، والسنة، واتفق الفقهاء على حرمته.

أ- دليل النهي من القرآن:

يقول الـلـه تعالى: (وَأَحَلَّ الـلـه الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبا) [1].

تدل الآية على النهي عن الربا، وقد ورد النهي بلفظ التحريم، وهذا من أشد ألفاظ النهي، ومن أقواها دلالة على التحريم، ولا خلاف بين الفقهاء في دلالة الآية على تحريم الربا، إلا أنهم اختلفوا في شمولها لربا البيوع، والذي أرجحه من أقوال العلماء هو شمول لفظ الربا في الآية لربا البيوع.

ويؤيد هذا القول عدة أدلة أهمها:

-1 لقد ذهب أكثر المفسرين إلى أن الألف، واللام في لفظ الربا في الآية للعهد، وليست للجنس، لأن اعتبارها للجنس يترتب عليه تناقض صدر الآية مع عجزها، فالمعنى على هذا الأساس، كل زيادة جائزة وكل زيادة محرمة، وذلك لأن البيع يعني الزيادة، والربا يعني الزيادة كذلك[2].

-2 إن الربا المعهود عند نزول الآية هو ربا البيوع، والديون، حيث أن أية الربا الواردة في سورة البقرة هي من أخر ما نزل من القرآن، وقد نقل ذلك عن كثير من المفسرين، ومن

---

(1) الأية 265 من سورة البقرة.

(2) أحكام القرأن للجصاص 464/1 – 465. لباب التأويل في معاني التنزيل- الخازن – علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم (ب ط – ب ت) 309/1 – 310. التفسير الكبير للرازي 91/7 – 93. روح المعاني في تفسير القرأن العظيم والسبع المثاني -الألوسي – شهاب الدين السيد محمود (بيروت لبنان - دار إحياء التراث العربي –ب ط – ب ت) 48/3 – 50.

تكلم في أسباب النزول، ومن ذلك ما نقله ابن كثير عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وابن عباس رضي الله عنهما قولهما: (إن أخر ما نزل على رسول الـلـه ﷺ أية الربا)[1].

إن القدر المتفق عليه، هو نزول هذه الآية بعد غزوة خيبر بفترة طويلة، وفي غزوة خيبر ربا الفضل محرم، وهو داخل في مفهوم الربا عند المسلمين في ذلك الوقت، ومما يدل على تحريم الربا في غزوة خيبر ما رواه أبو داود عن فضالة بن عبيد قال: (أتى النبي ﷺ عام خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز، قال: أبو بكر وابن منيع: فيها خرز معلقة بذهب، ابتاعها بتسعة دنانير، أو بسبعة دنانير، فقال النبي ﷺ: لا حتى تميز بينها)[2].

لقد ذكر الواقدي وابن الأثير أن غزوة خيبر وقعت في المحرم من السنة السابعة للهجرة، بعد صلح الحديبية، وكان الـلـه قد وعده إياه في صلح الحديبية[3]، فالقدر المتفق عليه عند العلماء هو نزول قوله تعالى: (وَأَحَلَّ الـلـه الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبا)، بعد غزوة خيبر بفترة طويلة[4].

3- إن الربا من الألفاظ التي غير الإسلام معناها العهدي، فقد كان الربا يطلق في الجاهلية على ربا الديون بصورتيه – أنظرني أزدك، ضع وتعجل - وقد حرمت السنة ربا البيوع قبل نزول (وَأَحَلَّ الـلـه الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبا)، فتغير معنى الربا المعهود عند الناس، ودخل ربا البيوع في معهود الربا بدلا من اقتصاره على ربا الجاهلية، وقد وقع هذا في عدة ألفاظ منها

---

(1) تفسير القرأن العظيم -ابن كثير – عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير(دار الأندلس -ط الخامسة – سنة 1984 – م)582/1.

(2) اللفظ لأبي داود - سنن أبي داود لأبي داود – كتاب البيوع – باب في حلية السيف تباع بالدرهم 249/3. والمعنى للنسائي – سنن النسائي للنسائي – كتاب البيوع – باب بيع القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب 245/7 – 246.

(3) المغازي -الواقدي – محمد بن عمر بن واقد – تح – مارسن جوسن (بيروت لبنان دار عالم الكتب –ب ط – ب ت) 634/2. الكامل في التاريخ -ابن الأثير – محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبدالواحد – راجعه نخبة من العلماء –(بيروت لبنان – دار الكتاب العربي –ط الثانية سنة1980 م) 147/2.

(4) لقد نقل اتفاق العلماء على نزول الأية السابقة بعد غزوة خيبر بفترة طويلة، انظر مثلا: تفسير المنار -رضا – محمد رشيد رضا (بيروت لبنان – دار المعرفة - ط الثانية – ب ت–)93/3. مباحث في علوم القرأن -القطان -مناع القطان – (بيروت لبنان - مؤسسة الرسالة - ط 15 – سنة 1985 م) ص 68 – 69. اللآلي الحسان في علوم القرأن - لاشين – موسى شاهين لاشين (مصر – مطبعة دار التأليف ب ط – سنة 1968 م) ص 32 – 36. نحو اقتصاد اسلامي- الهيضبي – سمير الهيضبي (الزهراء للإعلام العربي- ط الأولى – سنة 1988 م)– ص 53.

الصلاة، والصوم، والحج؛ فقد غير الإسلام معناها، وقد اتفق المفسرون على أن المراد بهذه الألفاظ المعنى المعهود وقت نزولها، لا المعنى المعهود في الجاهلية[1]، ولهذا كان الأرجح تطبيق هذا على الربا أيضا.

4- قال عدد من المفسرين بشمول لفظ الربا في الآية لربا البيوع بنوعيه، وذلك لدخوله في الربا المعهود وقت نزول الآية، ومن هؤلاء القرطبي في كتابه الجامع لأحكام القرآن[2]، والكلبي في كتابه التسهيل[3]، ولقد ذهب عدد من المفسرين إلى القول بدلالة الآية على تحريم ربا البيوع، وإن اختلفوا في التأصيل، ومن هؤلاء الرازي في كتابه التفسير الكبير[4] والجصاص[*] في كتابه أحكام القرآن[5]، والخازن في كتابه لباب التأويل في معاني التنزيل[6].

ب- دليل النهي من السنة.

لم يختلف الفقهاء في دلالة السنة على تحريم ربا البيوع للتفصيل الوارد في الأحاديث، فقد وردت عدة أحاديث في تحريم ربا البيوع، وشروط تخليص البيع من الربا، ويجمع معاني هذه الأحاديث، ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح، مثلا بمثل سواء بسواء، فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد)[7].

---

(1) لقد وردت أيات كثيرة في القرآن الكريم بعد فرض الصلاة والصوم، تدعو للمحافظة على هذه العبادات، وتنهى عن التفريط، والتراخي في أدائها، ولا خلاف بين العلماء في أن المراد بهذه الألفاظ هو المعني الشرعي، لا المعنى المعهود في الجاهلية، انظر مثلا: الجامع لأحكام القرأن للقرطبي في تفسير أيات الصلاة والصوم.

(2) الجامع لأحكام القرأن للقرطبي 356/3 – 357.

(3) التسهيل لعلوم التنزيل- الكلبي – محمد بن أحمد بن جزي (بيروت لبنان - دار الكتاب العربي – ط الثانية – سنة 1981 م) 94/1.

(4) التفسير الكبير للرازي 91/7 - 93.

(*) الجصاص هو أحمد بن علي الرازي، أبوبكر الجصاص، فاضل من أهل الري سكن بغداد، ومات فيها، انتهت إليه رياسة الحنفية، خوطب بأن يلي القضاء فامتنع، له مؤلفات عديدة، توفي سنة 370 هـ الأعلام للزركلي 171/1.

(5) أحكام القرأن للجصاص 464/1 – 465.

(6) لباب التأويل للخازن 309/1 – 310.

(7) سبق تخريج الحديث – صحيح مسلم لمسلم – كتاب البيوع – باب الصرف وبيع الذهب والورق نقدا 692/1.

منها، ما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول اللـه صلى الله عليه وسلم قال: (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل، ولا تبيعوا الورق[1] بالورق إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائبا بناجز)[2].

ج - اتفاق الفقهاء.

لقد اتفق فقهاء الصحابة، والتابعين والأئمة المجتهدين على حرمة ربا البيوع بنوعيه، ولا مخالف لهم ممن يعتد بقوله، أما رواية ابن عباس رضي الله عنهما، فقد روي رجوعه عن القول بصحة ربا الفضل، وفي حالة عدم ثبوت رواية الرجوع، فيمكن حملها على اختلاف الجنس، أو أن المراد حصر الكمال، أي إنما الربا الكامل في النسيئة[3]، وقد ذهب إلى القول بتحريم ربا الفضل الظاهرية[4]، والشيعة[5]، وأكثر مجتهدي مجتهدي العصر[6].

(1) الورق بكسر الراء الدراهم المضروبة،انظر لسان العرب لابن منظور 375/10.

(2) رواه البخاري ومسلم والنسائي – صحيح البخاري للبخاري – كتاب البيوع – باب بيع الفضة بالفضة 97/3. صحيح مسلم لمسلم – كتاب البيوع – باب الربا 690/1. سنن النسائي للنسائي – كتاب البيوع – باب بيع الذهب بالذهب 244/7.

(3) الأم للإمام الشافعي 19/3 – 28. المنتقى في شرح الموطأ للباجي 275/3 – 279. المبسوط للسرخسي 111/12 – 136، 3/14 – 25. صحيح مسلم بشرح النووي للنووي 24/11 – 25. إعلام الموقعين لابن القيم 135/2 وما بعدها. نيل الأوطار للشوكاني 302/5 وما بعدها. سبل السلام للصنعاني 38/3.

(4) المحلى لابن حزم 367/8 وما بعدها.

(5) البحر الزخا للمرتضي 489/2 وما بعدها. -شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام- الحلي –حعفر بن حسن بن أبي زكريا بن الحسن بن سعيد– تح – عبدالحسين (ب دار- ب ط – ب ت)2/ 43 وما بعدها.

(6) البنك اللاربوي في الإسلام الصدر – محمد باقر (بيروت لبنان – دار التعارف –ب ط – سنة 1990 م)–ص 147 وما بعدها. بحوث في الربا -أبو زهرة – محمد أبو زهرة –(دار البحوث العلمية - ط الأولى – سنة 1970 م)ص 31 وما بعدها. شبهات معاصرة لاستحلال الربا- الشباتي – محمد عبد اللـه – تقديم صالح بن فوزان الفوزان (الرياض - دار الكتب ط الأولى سنة 1991 م)–ص 43 وما بعدها. حلول لمشكلة الربا -أبو شهبة – محمد أبو شهبة (مكتبة السنة القاهرة ط الثانية – 1409هـ) ص 13 وما بعدها. الأعمال المصرفية والإسلام –(الهمشري – مصطفى عبد اللـه –القاهرة - الشركة المصرية للطباعة ب ط – سنة 1973 م)ص 67 – 69. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 674/3 وما بعدها.

يبين العرض المجمل لحكم ربا البيوع الاختلاف بين الجهل، والربا من حيث الحكم من عدة جوانب أهمها:

1- إن النهي عن الجهل لم يرد بالنص، وإنما استدل الفقهاء عليه من خلال النهي عن الغرر، والنهي عن بيوع اتفق الفقهاء على أن النهي عنها للجهل، كما دل عليه تضمنه للمقامرة، والمخاطرة، ودخوله تحت باب أكل أموال الناس بالباطل، وإفضائه للمنازعة، وبناء على هذه المعاني تم تحديد الجهل المنهي عنه، أما ربا البيوع فقد ورد النهي عنه بالقرآن، والسنة، وحددت السنة الشروط الواجب توافرها لتخليص البيوع من الربا، فالربا منهي عنه لأنه ربا، ولا يرتبط النهي بمعنى معين، وإن كان للنهي حِكَم، ومقاصد.

2- إن جنس الربا محرم، فلا يوجد ربا محرم، وربا معفو عنه، أما الجهل فإن جنسه غير منهي عنه، ولهذا قسم الفقهاء الجهل إلى جهل مؤثر، ومانع من صحة البيوع، وجهل غير مؤثر، ومعفو عنه، ولا يؤثر في صحة البيوع.

ثانيا- التفرقة بين الجهل والربا من حيث آثار النهي.

لقد اتفق الفقهاء على بطلان البيع إذا اشتمل على الربا، وذلك إذا اختل شرط المساواة بين العوضين إذا اتحد الجنس، أو اختل شرط القبض في المجلس إذا اتحدت العلة؛ اختلف الجنس أو اتحد، ولا خلاف بين في الفقهاء في القول ببطلان البيع للربا، وقد طبقوا آثار البطلان على البيع الربوي، فلا يرتب العقد أي أثر من أثاره إذا اشتمل على الربا، فالمتعاقدان يعودان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد[1]، وتفرقة الأحناف بين الفساد، والبطلان لا تعدوا اللفظ في باب الربا، فقد طبقوا آثار البطلان على الربا، وإن قالوا بفساده من حيث اللفظ، لهذا تجاهلت خلافهم مع الفقهاء لاقتصاره على اللفظ، ومن تطبيقاتهم التي تدل على البطلان في باب الربا بطلان الصرف إذا ترتب عليه التأخير في القبض، والفساد يقتضي صحة العقد، لأن الفساد يعني صحة العقد بالقبض، وبطلان صرف الوديعة المأمونة، فالقبض في بيع الخيار قد

(1) الأم للإمام الشافعي 26/3. المدونة لسحنون 394/3 - 395. المحلى لابن حزم 8/. بدائع الصنائع للكاساني 215/5 - 217. المغني لابن قدامة 59/4 - 60. البحر الزخار للمرتضي 330/4 وما بعدها. الإنصاف للمرداوي 45/5 -. 51 مواهب الجليل للحطاب 305/4 -307، 324 - 325.

تم، إلا أنه لم يصحح العقد، وكذلك بيع الوديعة المأمونة، فالقبض قد تم إلا أنه لم يصحح العقد، وهذا خلاف ما يقتضيه الفساد، فالعقد الفاسد ينقلب إلى عقد صحيح بالقبض، ولو أن القبض يصحح العقد لما كان شرط الخيار يبطله، لأن العقد مع شرط الخيار تم فيه القبض، ومع ذلك لم يصحح العقد، وتصحيح العقد بالقبض هو الفارق بين الفساد، والبطلان، فالعقد الفاسد يختلف عن الباطل في أن القبض يقلبه إلى عقد صحيح، أما قبل القبض فهو، والباطل سواء[1]، كما أنهم استخدموا لفظ البطلان، إضافة لترتيبهم لأثاره، فيقول الطحاوي[*] في صرف الوديعة المأمونة: (ولو اشترى المودع الدراهم بدنانير بطل الصرف، بخلاف ما لو كانت مغصوبة، لأن قبض الغصب يقوم مقام قبض الشراء)[2]، ويقول ابن عابدين: (لو اشترى المودع الوديعة الدراهم، والدنانير، وافترقا قبل أن يحدد المودع قبضا في الوديعة بطل الصرف، بخلاف المغصوبة، لأن بدل الغصب يقوم مقام الشراء)[3]. بهذا أكون قد انتهيت من التفرقة بين الجهل، وربا البيوع، من حيث التحديد، والأحكام، والآثار.

---

(1) بدائع الصنائع للكاساني 217/5 - 219. البحر الرائق لابن نجيم 209/6 - 210. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 4/ 25، 103، 363.

(*) الطحاوي هو أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الطحاوي، أبو جعفر، فقيه انتهت إليه رياسة الحنفية بمصر، ولد ونشأ في طحا من صعيد مصر، وتفقه على مذهب الشافعي ثم تحول حنفيا، توفي سنة 239هـ الأعلام للزركلي 206/1.

(2) حاشية الطحاوي للطحاوي 138/3، انظر أيضا في هذا الحكم، المبسوط للسرخسي 22/14 - 23. البحر الرائق لابن نجيم 211/6.

(3) حاشية ابن عابدين لابن عابدين 363/4.

الباب الرابع

المقارنة بين الجهل في
الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي
من حيث الأحكام والآثار

يحتوي هذا الباب على:

الفصل الأول: المقارنة بين الفقه الإسلامي، والقانون المـدني الليبـي في النهي عن الجهل وتحديده، وإشكاليته.

الفصل الثاني: المقارنة بين القانون المـدني، والفقـه الإسـلامي في آثار الجهل والإشكاليات التي يثيرها القانون

الفصل الأول

المقارنة بين الفقه الإسلامي، والقانون المدني الليبي في النهي عن الجهل وتحديده، وإشكاليته

أتولى في هذا الفصل المقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي، وذلك فيما يتعلق بالنهي عن الجهل، وتحديد الجهل المنهي عنه، وأستعين بشروح القانون المدني المصري، وأحكام القضاء المصري، وذلك لسد النقص في فقه وقضاء القانون المدني الليبي، وذلك للتطابق التام بين القانونين، و لرسوخ قدم فقهاء القانون المدني المصري، وحداثة الفقه القانوني الليبي، ولتعرض فقهاء القانون المدني المصري للقانون المدني الليبي، وذلك عند شرحهم للقانون المدني المصري، إضافة إلى مشاركة بعض فقهاء القانون المدني المصري في إعداد القانون المدني الليبي، كما أن الفقه المصري يمثل القاعدة الفقهية للقانون المدني الليبي عمليا.

أُقسم هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول نخصصه للمقارنة، أما ما يثيره موقف القانون المدني الليبي من إشكاليات وتوجيهها، إن أمكن، فهي موضوع المبحث الثاني.

المبحث الأول

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي في تحديد الجهل، وأحكامه

لقد نص ق.م.ل صراحة على النهي عن الجهل بمحل الالتزام، وركز على العقد لأهميته، وقد أعد القانون شرط العلم من شروط الانعقاد، وقد نص القانون على النهي عن الجهل في المواد 132، 133، حيث نصت المادة 132: (إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، كان العقد باطلا)[1].

1- تنص المادة 133 على: (1- إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره، وإلا كان العقد باطلا. 2- ويكفي أن يكون محل الالتزام معينا بنوعه، إذا تضمن ما يستطاع به تعيين مقداره)[2].

تدل النصوص السابقة على النهي عن الجهل دلالة صريحة، فضرورة وجود محل العقد، وإمكانه، والتعيين وفقا للتحديد الوارد بالنص يقتضيان انتفاء الجهل، فالجهل يخل بشرطي الإمكان والتعيين، ولهذا أتولى بيان هذين الشرطين بشيء من التفصيل، و أوضح من خلاله حدود الجهل المنهي عنه، ثم أتولى مقارنة ذلك بالجهل المنهي عنه في الفقه الإسلامي.

شرط تعيين المحل، أو قابليته للتعيين:

لقد أوضح نص المادة 133 ق.م.ل. اشتراط تعيين المحل، أو قابليته للتعيين، كما أوضح بأن تعيين المحل من حيث الأصل يكون بالذات، ويقوم مقام التعيين بالذات تعيين الجنس، والمقدار، والنوع، وعدم ذكر الجنس لاقتضاء ذلك تعيين النوع، وقد اتفق شراح القانون المدني

---

(1) القانون المدني الليبي إعداد الإدارة العامة للقانون بالجماهيرية (طرابلس - مطابع الإدارة العامة للقانون – ب ط – سنة 1988 م) ص 24.

(2) المرجع السابق نفس الصفحة.

الليبي استنادا على هذه المادة على وجوب العلم بالجنس، والنوع، والمقدار، والأوصاف المميزة للمحل، والجهل بهذه العناصر والأوصاف يخل بشرط التعيين، وفي هذا الإطار قسموا الأشياء إلى قسمين هما: أشياء مثلية، وقيمية، ويختلف التعيين تبعا لاختلاف المحل، فإذا كان قيميا معينا بالذات، وجب ذكر الأوصاف المميزة له، أما إذا كان مثليا غير معين بالذات، وجب تعيين الجنس، والنوع، والمقدار، وأما المقصود بالقابلية لتعيين المقدار فهو الاتفاق على الأسس التي بناء عليها تم تعيين المقدار، كصورة العلم بالتفصيل، والجهل بالجملة في الفقه الإسلامي، وقد أوضح شراح القانون المدني بأن التعيين لا يتحقق إلا إذا وصف المحل وصفا نافيا للجهالة، وقد أوضحوا بأن الجهل لعدم التعيين يمنع نشوء الالتزام، أو حدوث اتفاق بين الأطراف، وفي هذا يقول الدكتور ثروت حبيب: (فيجب أن يكون محل الالتزام معينا، أو قابلا للتعيين، وهذا حكم واضح بذاته، لأن الوصول إلى اتفاق بين المتعاقدين يقتضي تحديد كنه الأداء المطلوب من كل منهما؛ فالقول المرسل بغير تحديد لا يؤدي إلى استنتاج حصول اتفاق ونشوء التزام، من هنا وجب أن يتعين محل الالتزام)[1].

ويوضح الدكتور ما يتم به التعيين إذ يقول: (الأشياء من حيث تعيينها تنقسم إلى أشياء قيمية، أو معينة بالذات، أشياء مثلية لا تتعين بذاتها، فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات، وجب أن يوصف وصفا نافيا للجهالة، أما إذا وقع العقد على شيء غير معين بالذات، كما هو شأن المثليات، وجب أن يكون معينا بجنسه، ونوعه، ومقداره)[2].

إن التعيين وفقا للتحديد السابق هو العلم بالعناصر الأساسية، والأوصاف المقصودة عادة، وهذا المعنى للتعيين محل اتفاق عند فقهاء القانون المدني من حيث المبدأ[3]، وهو لا يختلف عن معنى التعيين الذي ذكره فقهاء القانون المدني المصري عند شرحهم للقانون المدني المصري، والمطابق للقانون المدني الليبي، وفي هذا يقول الدكتور مرقس: (يجب أن يكون المبيع معينا

(1) المصادر الإرادي للالتزام في القانون المدني الليبي -حبيب – الدكتور ثروت حبيب (بنغازي ليبيا- منشورات جامعة قار يونس - ب ط – سنة 1978 م)ص 248.

(2) المرجع السابق ص 249.

(3) انظر أيضا في شرح القانون المدني الليبي مثلا: النظرية العامةللالتزام – مصادر الالتزام –بدوي - الدكتور محمد علي بدوي – (طرابلس ليبيا - منشورات جامعة الفاتح- ط 2 سنة1997 م) ص 141- 143

حتى يرد الاتفاق عليه، لأنه إذا كان غير معين استحال ورود اتفاق عليه، والعبرة في تعيين محل البيع هي ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، ووفقا للتحديد الذي تضمنه عقد البيع.... ولابد من تعيين الأشياء القيمية في عقد البيع بصفاتها المميزة تعيينا كافيا يحول دون الخلط بينها، وبين غيرها، والأشياء المثلية يجب أن تعين في عقد البيع بذكر نوعها، وبيان مقدارها)[1].

إن البيان السابق لتعيين محل العقد يؤيده موقف القضاء الليبي.

ومن ذلك ما قضت به المحكمة العليا الليبية في حكمها الصادر في 23 يونيو 1970م، (وحيث أنه يتعين بادئ ذي بدء القول بأن المبيع في عقد البيع هو محل الالتزام في العقد، أن يكون شرطه الجوهري معينا أو قابلا للتعيين، فإذا لم يكن معينا بالذات، وجب أن يكون معينا بجنسه، ونوعه، ومقداره 1/133 مدني، وإذا لم يحدد مقداره، وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تحديده 1/133مدني،.... لما كان ذلك، فإنه لا يجوز النعي على حكم محكمة الدرجة الثانية بمخالفة القانون، إذا ثبت لها على نحو سائغ، ومقبول قانونا انصراف نية المتعاقدين إلى إبرام عقد بيع فيما بينهما؛ اتفقا فيه على الشروط الجوهرية المتعلقة بالشيء المبيع محددا بجنسه، ونوعه، وكان في الاتفاق ما يسمح بتحديد مقداره على نحو مقبول)[2]، وهذا متفق تماما مع موقف القضاء المصري.

ومن ذلك ما ورد في الطعن رقم 790 سنة 50، نقض 1980/2/21م، حيث نص على: (النص في المادة 133 مدني مصري على أنه «إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره، وإلا كان باطلا»، يدل على أنه يكفي لتحقيق ما تقضي به هذه المادة من تعيين محل الالتزام أن يحدد في عقد الإيجار مثار النزاع العين المؤجرة تحديدا نافيا للجهالة، وإذا كان الثابت أن عقد الإيجار مثار النزاع قد حدد العين المؤجرة بأنها أرض فضاء برقمي

---

(1) الوافي في شرح القانون المدني – عقد البيع مرقس – الدكتور سليمان مرقس – أسهم في تنقيحه الدكتور حبيب إبراهيم الحليلي (القاهرة - مطبعة السلام- ط الخامسة سنة 1990 م) 3/ 196 – 198. وما ذكره هنا في عقد البيع هو ما ذكره في كتابه نظرية العقد، حيث بين تطبيق هذه الأحكام في العقود عامة، بل في مصادر الالتزام بشكل عام، انظر للمؤلف نظرية العقد – والإرادة المنفردة (القاهرة– مطبعة السلام- ط الرابعة –سنة 1987 م) 268/2 وما بعدها.

(2) المصادر الإرادية للالتزام لحبيب ص249.

32، 33،... فإن هذا العقد يكون صحيحا) [1]، وفي هذا المعنى قضت محكمة استئناف مصر، في حكمها رقم 117، المجموعة الرسمية 50، الصادر في 1948/4/18م بأنه: (بأن البيع بسعر الوحدة ليس احتماليا، لأن كلا من البائع، والمشتري يعلم وقت العقد ما أعطى، كما يعلم ما أخذ) [2]، وأكد هذا المعنى للتعيين حكم محكمة الاستئناف الوطنية، الشرائع رقم 77، الصادر في 1914/2/28م، حيث ينص على: (بألا ضرورة لذكر حدود الأطيان؛ مادام المتعاقدان على علم تام بموقع وحدود هذه الأطيان). [3]

لقد اتفق شراح القانون المدني، وموقف القضاء الليبي، والمصري على أن التعيين شرط من شروط انعقاد العقد، كما اتفقوا على أن التعيين، إما أن يتم بالذات مع بيان الأوصاف المميزة، أو بمعرفة الجنس، والنوع، والمقدار، وهذا يدل على أن الجهل بالأوصاف المميزة لمحل الالتزام المعين بالذات منهي عنه، والجهل بالجنس، والنوع، والمقدار ينفيه العلم بالذات عادة، وأما غير المعين بالذات فإن الجهل بالجنس، أو النوع، أو المقدار، والأوصاف المميزة منهي عنه، كما اتفق موقف القضاء مع الفقه في تحديد المراد من التعيين، والعبرة في تحقق التعيين هو الاتفاق الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، ويترتب على هذا نتائج أهمها:

1- أن الجهل بمحل العقد لعدم التعيين هو الجهل بالعناصر الأساسية، والأوصاف المقصودة عادة، ولا يشمل الجهل بحالة المعقود عليه، ولا الجهل بالتقييم، ويدل على هذا ما يلي:

أ- أن الجهل بحالة المعقود عليه يقع في حالة الاختلاف بين ما وقع عليه الاتفاق، وحالة المعقود عليه، وهذا الاختلاف يكون في عنصر أساسي، أو وصف معتبر، وهذا يعني أن الاتفاق قد حدد عناصر المحل، وأوصافه المقصودة عادة، فمعنى التعيين قد تحقق، لأن العبرة في تحقق التعيين هو الاتفاق كما أوضح الفقه القانوني، والقضاء، فالجهل بحالة المعقود عليه لا يخل بشرط التعيين.

---

(1) مدونة القانون المدني – عبدالتواب – معوض عبدالتواب – منشأة المصارف بالإسكندرية – جلال حزي وشركاه – ب ط – سنة 1987م 210/1.

(2) الوسيط للسنهوري 193/4.

(3) نفس المرجع 225/4.

ب- إن محل العقد في حالة الجهل بالتقييم محدد العناصر الأساسية، والأوصاف المقصودة عادة، فالاتفاق قد حدد العناصر الأساسية، والأوصاف المقصودة عادة، إلا أن أحد المتعاقدين عادة ما يغبن عند التقييم لضعف في التقييم، أو لظروف دفعته لهذا الجهل، فمعنى التعيين تضمنه الاتفاق، وهو الأساس في حصول التعيين من عدمه.

ج- إن الجهل بحالة المعقود عليه عرف في القانون بالغلط في المحل، وقد شملت أحكام الغلط صور الجهل بحالة المعقود عليه، فالغلط هو وجود المعقود عليه على غير ما وقع عليه الاتفاق، سواء كان هذا بفعل قصد من الطرف الأخر، أم لا، وهذا هو معنى الجهل بحالة المعقود عليه، والغلط لا يتصور إلا إذا كان المعقود عليه معينا ليعرف هل وقع المتعاقد في غلط أم لا، وليعرف هل هذا الغلط جوهري فيؤدي إلى تعيب الإرادة، أم أنه غير جوهري فلا يؤدي إلى تعيب الإرادة، ولا يؤثر في العقد، وقد تناول المشرع أحكام الغلط في نصوص مستقلة، وفرق بينها وبين أحكام التعيين، وهذا يدل على أن الغلط لا يعد من باب الجهل لعدم التعيين، وعليه فإن الغلط لا يؤدي للجهل بالمعقود عليه، ومن أهم الفروق بين الغلط والجهل لعدم التعيين هي:

- إن التعيين شرط انعقاد، وحكم العقد إذا اختل شرط التعيين البطلان المطلق[1]، أما الغلط فهو من عيوب الإرادة، وعيوب الإرادة تمنع من صحة العقد لا انعقاده، وحكم العقد في حالة الغلط هو القابلية للبطلان، أي البطلان النسبي.
- إن رغبة المتعاقد حسن النية في تنفيذ العقد تلزم المتعاقد الواقع في الغلط تنفيذ العقد، فالرغبة هنا تصححه وترتب عليه أثاره، أما الجهل لعدم التعيين فيجعل العقد كالعدم، ولا يبث فيه الحياة حسن النية، فهذه الفروق تدل على أن الجهل بالمعقود عليه لا يشمل الجهل بحالة المعقود عليه في واقع الأمر، وقد تناول المشرع أحكام الغلط في المواد 124-120 ق.م.ل. ففي بيان أثر الغلط تنص المادة 120 ق.م.ل. على أنه: (إذا وقع المتعاقد في

(1) إن التقسيم الثنائي للبطلان هو السائد في الفقه القانوني، والبطلان المطلق هو انعدام أثر العقد من وقت إبرامه، فالعقد الذي يقع باطلا بطلانا مطلقا يكون قد ولد ميتا، فلا حياة فيه، وهو لا يصلح للحياة، أي أنه لا ينتج أي أثر، أما البطلان النسبي فلا يمنع من الوجود القانوني للعقد، ينتج العقد أثره كالعقد الصحيح، إلا أن القانو أعطى لأحد الأطراف الحق في إبطال العقد، وإجازته. انظر مثل:ا الوافي في شرح القانون المدني لمرقس 422/2 – 423.

غلط جوهري، جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الأخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه)[1]، وفي تحديد الغلط الجوهري تنص المادة 121 ق.م. ل.:(-1 يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

2- ويكون الغلط جوهريا على الأخص:

أ- إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، ويجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.

ب- إذا وقع في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته، وكانت الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد)[2]، وفيما يتعلق برغبة المتعاقد حسن النية في تنفيذ العقد تنص المادة 124 ق.م.ل. على:(-1 ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. -2 ويبق بالأخص ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الأخر استعداده لتنفيذ هذا العقد)[3].

إن النصوص السابقة تدل على أن الجهل بحالة المعقود عليه لا تكون إلا إذا كان المعقود عليه معينا، وقد أكد شراح القانون هذا الفهم، ودلت عليه الأمثلة التي ذكرها الشراح، ومنها على سبيل المثال لا الحصر، شراء أرض على أن لها منفدا من الجهة البحرية، ثم يتضح أن المنفذ لا وجود له، مما يجعل الأرض محصورة من جميع الجهات، وشراء سيارة على أنها جديدة، وأنها لم تستعمل إلا على سبيل الفحص، والتجربة، ثم يتضح أنها استعملت كثيرا، وسبق ردها من مشتر أخر للسبب عينه، وشراء قماش على أنه قابل للغسيل، ثم يتبين أنه غير قابل له[4].

إن محل العقد في الأمثلة السابقة معلوم وقت الاتفاق، وهو محل الاعتبار في حصول التعيين، إلا أن الحالة التي عليها المحل مجهولة، فحالة الجهل بالمعقود عليه تقتضي حصول

---

(1) القانون المدني ص 22.

(2) القانون المدني ص 22.

(3) المرجع السابق ص 23.

(4) الوسيط للسنهوري 299/1. المصادر الإرادية للالتزام لحبيب ص 190.

التعيين، ولهذا فرق المشرع بين تخلف شرط التعيين، وبين الغلط، وتخلف التعيين يترتب عليه الجهل بمحل العقد، أما الغلط فهو الجهل بحالة المعقود عليه.

د- أن الجهل بالتقييم للضعف في التقييم نظمها المشرع ضمن أحكام الاستغلال، وقد فرق المشرع بين الاستغلال وتخلف شرط التعيين، فالجهل بالمحل لعدم التعيين يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، أما الاستغلال فيؤدي إلى البطلان النسبي، وهذا يعني خروج الجهل بالتقييم من دائرة الجهل بالمعقود عليه،وقد نصت المادة 129 ق.م. ل. على حق المتعاقد في إبطال العقد في حالة الاستغلال، (-1 إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الأخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الأخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش، أو هوى جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد. -2 ويجوز في عقود المعاوضة أن يتولى الطرف الأخر دعوى الإبطال إذا عرض القاضي ما يراه كافيا لرفع الغبن)[1].

إن المشرع لم يجعل الغبن الزائد مبطلا للعقد، بل أعطى الحق لمن وقع عليه الغبن في إبطال العقد، وطلب الإبطال يخضع لسلطة القاضي التقديرية، فيجوز للقاضي إجابته لطلبه، أو إنقاص القيمة بما يعيد التوازن للالتزامات، وتفرقة المشرع بين الغبن، والجهل لعدم التعيين في الأحكام، والآثار دليل على خروج الجهل بالتقييم من دائرة الجهل بمحل العقد، فالتعيين شرط انعقاد، أما خلو العقد من الغبن فهو شرط صحة، وشرط الصحة يترتب عليه البطلان النسبي، وقد عبر عنه القانون بالقابلية للإبطال، أما اختلال شرط التعيين فيترتب عليه البطلان المطلق، وقد عبر عنه القانون بلفظ البطلان[2].

شرط الإمكان.

تناول المشرع وجود العقد،أو إمكانه في المادتين 131، 132 ق.م. ل.، حيث تنص المادة

(1) القانون المدني ص 24.

(2) الوسيط للسنهوري 355/1- 356، 362، 370 - 372.. 395 وما بعدها. المصادر الإرادية للالتزام لحبيب ص 230، 232، 236 وما بعده. الوافي لمرقس 268/2 وما بعدها، 422 -423.

131 ق.م. ل. على:(إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطل)[1]، وتنص المادة 1/132 ق.م.ل. على: (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا)[2].

لقد اتفق شراح القانون المدني الليبي، والمصري على أن إمكان المحل، أو وجوده شرط لانعقاد العقد، والعبرة في حصول الإمكان هو وقت نشؤ العقد، وهذا يعني أن انعدام المحل وقت العقد مبطل للعقد، فدلالة النص على بطلان العقد على المعدوم واضحة[3]، ولو توقف الأمر عند هذا الحد لأمكن القول ببطلان العقد على المعدوم بشكل مطلق، وأن النهي لذاته، إلا أن هذا القول ينقضه إجازة العقد على الأشياء المستقبلة، وإجازة بعض العقود التي يكون فيها محل الالتزام معدوما وقت العقد، وعليه فإن شرط الإمكان في القانون، وإجازة العقد على المال المستقبل من الإشكاليات التي يثيرها القانون المدني، وهذا ما سأناقشه في المبحث الثاني.

إن شرطي الإمكان، والتعيين يدلان على النهي عن الجهل بالمعقود عليه، ومن خلال الإطلاع على أراء شراح القانون المدني لمعنى الوجود، والتعيين، والأمثلة الفقهية في هذه المسألة يتبين أن الجهل بالمحل المخل بشرطي التعيين، والإمكان، أو الوجود هو الجهل بالعناصر الأساسية، والأوصاف المعتبرة عادة، والعناصر الأساسية، والأوصاف المعتبرة إما أن تتعين بتعيين الذات وهو الأصل، أو تتعين بتعيين الجنس، والنوع، والقدر، والأوصاف المميزة، ولا يخل الجهل بحالة المعقود عليه، والجهل بالتقييم بالتعيين، وعليه فإنهما يختلفان عن الجهل بالمحل، وبهذا فإن ما ذهب إليه القانون من النهي عن الجهل بالمحل، وتحديد المراد بالجهل يتفق تماما مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي.

لقد اتفق القانون مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في القول بالنهي عن الجهل وتحديد الجهل المنهي عنه، وبهذا فإن نصوص القانون المدني الليبي يمكن تأصيلها شرعيا، واصباغ الشرعية عليها، وإن كانت منقولة عن القانون المدني الفرنسي، فرجوعها إلى القانون المدني الفرنسي لا يتجاوز مسألة الصياغة.

---

(1) القانون المدني ص 24.

(2) نفس الرجع نفس الصفحة.

(3) الوسط للسنهوري 376/1 وما بعدها. المصادر الإرادية للالتزام لحبيب ص 240 وما بعدها. النظرية العامة للالتزام لبدوي ص 137 وما بعدها.

المبحث الثاني

الإشكاليات التي يثيرها القانون المدني الليبي

لقد وافق القانون الفقه الإسلامي في المبدأ الذي قرره بشأن النهي عن الجهل، والمراد بالجهل، إلا أن نصوص القانون أثارت بعض الإشكاليات؛ تتلخص أهم هذه الإشكاليات في الآتي:

إشكالية شرط الإمكان وجواز العقد على الأموال المستقبلة.

إن إجازة المشرع للعقد على الأشياء المستقبلة يعارض ظاهر النص على الأشياء المستحيلة، والذي استند عليه فقهاء القانون في القول بوجوب وجود المحل، وذلك لأن الأشياء المستقبلة مستحيلة الوجود أثناء العقد أحيانا، وقد اتفق الفقهاء على أن العبرة بوقت انعقاد العقد في تقدير الاستحالة، كما أن إجازة المشرع لعدد من العقود كالإجارة، والمزارعة، والمساقاة، والاستصناع[1] يعارض القول بعدم صحة بيع المعدوم بشكل مطلق، وأن النهي عن العقد على المعدوم لذاته، وذلك لأن محل العقد في مثل هذه العقود معدوم وقت التعاقد، ولهذا كان الأمر محتاجا للتوجيه، حيث أبين ما المراد من المعدوم المنهي عنه، والمستقبل الجائز العقد عليه، وقبل التوجيه نبين، وبصورة مختصرة إجازة القانون لهذه العقود، ومدى تضمنها للعقد على المعدوم.

الإجــارة.

لقد نظم القانون الإجارة، وتشمل الإجارة عدة عقود قانونية، منها ما هو مشتق من مادة الإجارة، ومنها ما اختلفت تسميته، إلا أنه في معنى الإجارة في الفقه الإسلامي، فمن

---

(1) يراد بهذه العقود المعنى الشرعي لها، ونبين ما يقابلها في القانون إذا اختلفت التسميات، واتفق المضمون، وأكثر العقود السابقة ذكرت في القانون بنفس المعنى الشرعي ما عدا الإجارة، والاستصناع، فقد أحدث القانون عدة عقود تحت مسميات مختلفة وهي تدخل تحت الإجارة، أما الاستصناع، فلم يعرفه القانون بهذا الاسم.

العقود التي استخدم فيها المشرع مادة الإجارة عقد الإيجار، وهو من العقود التي نظمها القانون، وقد عرفه في المادة 557 ق.م.ل. حيث تنص على:(الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معين)[1]، فالمعقود عليه في عقد الإيجار هو منفعة شيء معين كدار، أو سيارة، فسكنى الدار، أو ركوب السيارة مدة معينة معدوم وقت التعاقد.

ومن العقود التي استحدثها المشرع وتدخل ضمن الإجارة في الفقه الإسلامي عقد العمل، وعقد المقاولة، فعقد المقاولة عرفته المادة 645 ق.م.ل. إذ تنص على: (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا، أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الأخر)[2].

إن عقد المقاولة وفقا للتعريف السابق لا يخرج عن عقدي الإجارة، والاستصناع، فإذا وقع العقد على صناعة شيء، كان استصناعا، وإذا وقع على تأدية عمل، كان إجارة، ولعل المشرع أراد بهذا إتباع رأي الفقهاء غير الأحناف، وذلك لعدم اعتبارهم الاستصناع عقدا مستقلا، والمعقود عليه في عقد المقاولة معدوم وقت التعاقد، سواء كان صناعة شيء، أو تأدية عمل، أما عقد العمل فقد عرفته المادة 673 ق.م.ل. حيث تنص على:(عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الأخر، وتحت إدارته، وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الأخر)[3].

إن عقد العمل بهذا التعريف لا يخرج عن معنى الإجارة، والمعقود عليه معدوم وقت التعاقد.

المزارعة.

لقد أجاز المشرع المزارعة، ونص في المادة 618 ق.م.ل. على: (يجوز أن تعطى الأرض الزراعية، والمغروسة بالأشجار مزارعة للمستأجر في مقابل أخذ المؤجر جزءا معينا من

(1) القانون المدني ص 105.

(2) القانون المدني ص 117.

(3) نفس المرجع ص 123.

المحصول)[1]، أما تعريف المزارعة فقد تناولته المادة 1013 ق.م.ل. فنصت على: (المزارعة عقد يسلم بمقتضاه مالك أرض أرضه لشخص يزرعها حبوبا، أو خضرا موسمية لقاء نصيب من المحصول نقدا أو عينا)[2].

يلاحظ على نصوص القانون في المزارعة ما يلي:

1- التضارب في عبارات القانون فيما يتعلق بالمزارعة، حيث قال في النص الأول:(يجوز إعطاء الأرض مزارعة)، ثم قال:(للمستأجر)، وهذا تضارب، لأن اللفظ الأول يفيد أن العقد مزارعة، والثاني يفيد أن العقد إجارة، وأحكام المزارعة تختلف عن الإجارة، إضافة إلى أن كون أحد طرفي المعقود عليه جزءا معينا من المحصول يعد من باب إجارة الأرض بجزء من الخارج منها.

2- إن الخلط بين المزارعة، وإجارة الأرض لزراعتها تكرر في غير هذا النص، ففي حين نص على أنه تطبق أحكام الإيجار على المزارعة في المادة 619 ق.م.ل.[3]، ونص في المادة 1/623 ق.م.ل.[4] على أن الغلة توزع وفقا للنسبة المتفق عليها في العقد، أو وفقا للعرف، والمادة 622 ق.م.ل. عنونها بواجبات المستأجر[5]، والنسبة تختلف عن الجزء المعين، فالنسبة، أو النصيب يكون في المزارعة، أما الجزء المعين فيكون في إجارة الأرض لزراعتها، ولهذا عبر بلفظ الجزء المعين عندما ذكر المزارعة في باب الإيجار، وعبر بلفظ النصيب عندما عرف المزارعة، فإذا أراد تطبيق أحكام الإيجار على المزارعة، واعتبارها من باب الإجارة، كما ذهب بعض الأحناف،

(1) نفس المرجع ص 112.

(2) نفس المرجع ص 186.

(3) تنص المادة 916ق. م. ل على:(تسري أحكام الإيجار على المزارعة، مع مراعاة الأحكام الآتية، إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفها.) القانون المدني ص 112.

(4) تنص المادة 623 ق. م. ل. على:(توزع الغلة بين الطرفين بالنسبة المتفق عليها، أو بالنسبة التي يعينها العرف، فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف كان لكل منهما نصف الغلة.) القانون المدني ص 112.

(5) تنص المادة 622 ق. م. ل.: (1- يجب على المستأجر أن يبدل في الزراعة وفي المحافظة على الزرع من العناية ما يبذله في شئون نفسه. 3- ولا يلزم المستأجر أن يعوض ما نفق من المواشي، ولا ما بلي من الأدوات الزراعية بلا خطأ منه.) القانون المدني ص 112.

فلماذا أفرد لها بابا، أما إذا أراد إجازة زراعة الأرض مزارعة، وإجارة، فلماذا عبر عنها بلفظ المزارعة في باب الإيجار.

لقد جعل المشرع النتاج أحد طرفي المعقود عليه، ولا نؤيد القانون في هذا المسلك، وقد سبق وأن أوضحت هذه المسألة في السابق، وجعل النتاج جزءا من المعقود عليه يجعل المحل معدوما وغير معين.

إن النصيب المعلوم في المزارعة معدوم وقت التعاقد، وكذلك الجزء المعلوم في الإجارة على زراعة الأرض، وقد أجاز القانون عقد المزارعة، والإجارة على زراعة الأرض، وهذا يدل على أن الانعدام لا يؤدي لبطلان العقد لذاته.

المساقاة.

لقد جمع المشرع المزارعة، والمساقاة في فصل واحد، وعرف المساقاة في المادة 1014 ق.م.ل. على أنها: (-1 المساقاة عقد يسلم بمقتضاه صاحب شجر، أو زرع شجره، أو زرعه إلى شخص يتعهد به، ويسقيه إلى أن يثمر.-2 ولقاء ذلك يعترف للساقي بالحق في قسم معين من المحصول)[1].

نلاحظ هنا الغموض في النص، حيث عبر القانون بلفظ القسم المعين، ولم يحدد هل المراد منه الجزء المعين أو النصيب، والأمر يختلف بين الجزء المعين، والنصيب فيما يتعلق بالجهل، كما أنه لم يفعل كما فعل في المزارعة، فلم يتعرض للمساقاة في باب الإيجار، فإذا كان المراد بالقسم الجزء فهذا يعني أن العقد تناول الثمرة، أي النتاج بالشرط، والنتاج مجهول، وهذا بخلاف النصيب كالنصف في المساقاة، فهو ثمرة العمل، ولا يعد جزءا من المعقود عليه، وتناوله العقد على أساس بيان نسبة العمل للشجر، فطرفي المعقود عليه الشجر، والعمل فقط، وهما معلومي العناصر، والأوصاف بخلاف الحال في القسم المعين.

إن القسم المعين في المساقاة معدوم وقت التعاقد إذا أريد به الجزء، وهو جزء ضمن المعقود عليه، ويقتضي بيع الثمر قبل بدو صلاحه، كما يتضمن الإجارة المجهولة، والجهالة

(1) القانون المدني ص 186.

بالقسم المعين ظاهرة، حيث أن قدر النتاج مجهول القدر، والأوصاف، وهذا يقتضي جهالة القسم الذي تناوله العقد، أما إذا أراد به النصيب فهو لا يعد جزءا من المعقود عليه، ويكون للمساقاة في القانون أحكام المساقاة في الفقه الإسلامي، وهذا الذي نؤيده، ونحمل الأمر على قصور في الصياغة.

المغارسة.

لقد أجاز القانون عقد المغارسة، وعرفها في المادة 1003ق.م.ل. بأنها: (المغارسة عقد يسلم بمقتضاه مالك أرض أرضه لغارس يتعهد بغرسها شجرا ثابت الأصل مثمرا؛ تتفق أو تتقارب مدة إطعامه، وذلك مقابل حصة من الأرض تعطى للغارس)[1].

ما يميز موقف المشرع في المغارسة إحالته إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد في شأنه نص، وذلك بموجب المادة ق 1012 ق.م.ل. فنص على: (يرجع إلى الأحكام الشرعية في المغارسة حيث لم يرد نص)[2].

لقد خالف المشرع موقفه في المزارعة، والمساقاة، ففي المزارعة أحال القانون إلى أحكام الإيجار، وفي المساقاة لم يحل إلى شيء، ولا أدري ما سبب تخصيص المغارسة بالإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية.

إن محل الالتزام في المغارسة معدوم وقت التعاقد، ولم يختلف موقف المشرع في المغارسة عنه في المزارعة، حيث اعتبر النتاج من المعقود عليه، وهو معدوم ومجهول.

الاستصناع.

لم يتعرض القانون لعقد الاستصناع بهذا الاسم، إلا أن هذا لا يعني أن القانون أهمل عقد الاستصناع، أو لم يشرعه، فعقد الاستصناع هو عصب الحياة الاقتصادية الحديثة، وقد نظمه القانون، ولكن ضمن عقد المقاولة، ويعد عقد المقاولة من أهم العقود القانونية التي لم

(1) القانون المدني ص 184.

(2) المرجع السابق ص 186.

تعرف بهذا الاسم في الفقه الإسلامي، وتعريف عقد المقاولة يشمل عقد الاستصناع، فقد عرفته المادة 645 ق.م.ل. بأنه:(المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا، أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الأخر)[1].

إن عقد المقاولة يشمل بعض صور الإجارة، وعقد الاستصناع، والمعقود عليه وقت نشؤ العقد معدوم، ومع ذلك أجازه المشرع، إلا أن المعقود عليه في عقد المقاولة معين، وهذا يعني أن الانعدام لا ينظر إليه لذاته.

يدل العرض السابق على التعارض الظاهري بين الوجود والمال المستقبل، فكل مال موجود غير مستقبل أثناء العقد، وكل مال مستقبل غير موجود أثناء التعاقد، ولهذا كان لابد من الجمع بين القاعدتين، ولم تنعدم الأدلة من القانون نفسه للجمع بين القاعدتين، وتحديد ما قصده المشرع من الوجود، وما قصده من المال المستقبل، فلو لم نجد دليلا من القانون يوضح معنى الوجود، أو الإمكان إلا التعيين لكفى، فشرط التعيين كاف لتحديد معنى الوجود أو الإمكان، وتحديد ماهية المال المستقبل الذي يصلح أن يكون محلا للعقد، بل إنني أرجح بأن شرط التعيين يغني عن شرط الوجود، ولا حاجة للنص على صحة العقد على المال المستقبل، فالمراد بالوجود، هو الحضور في الذهن وقت التعاقد، وذلك لانتفاء الجهالة، والمراد بالمال المستقبل الذي يصلح أن يكون محلا للعقد هو المال الذي تحددت عناصره، وأوصافه المقصودة عادة، وصلح لشغل الذمة، والتعيين بالمعنى السابق ذكره ينفي الجهالة، ويميز بين المال المستقبل الذي يصح العقد عليه من المال المستقبل الذي لا يصح العقد عليه؛ والتعيين ليس الدليل الوحيد الذي يستعان به على التوفيق بين القاعدتين السابقتين، بل هناك أدلة أخرى منها مثلا؛ النص صراحة على بطلان كل عقد يبنى على الرهان، أو المقامرة، فنصت المادة 1/739 ق.م.ل على: (يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة، أو رهان)[2]، فالبيوع المستقبلة والمجهولة لعدم التعيين مبنية على المقامرة،والرهان، كبيع سيارة جهل المتعاقدان نوعها، أو بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وقد أوضحت في الباب الأول من هذا البحث اشتمال هذه البيوع على المقامرة والرهان.

---

(1) المرجع السابق ص 117.

(2) القانون المدني ص 136.

إن الفيصل في إجازة بيع المعدوم، أو منعه هو التعيين، وكذلك الحال في المال المستقبل، فإذا حصل التعيين جاز العقد ولو كان المحل معدوما، وإذا حصل التعيين جاز بيع المال المستقبل، أما إذا اختل التعيين بطل بيع المعدوم، وكذلك بيع المال المستقبل، وبهذا يمكن توجيه التعارض الظاهري للنصوص، وهذا يؤيده حِكَم، ومقاصد تنظيم العقود، وشروطها، وهذا يرجح اقتراح الاستغناء بشرط التعيين عن شرط الوجود، وهو موافق لما ذهب إليه فقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة خلافا للأحناف، الذين فرقوا بين الانعدام والجهل، وأعدوا الانعدام شرطا مستقلا عن الجهل، والقانون باشتراطه لإمكان المحل، أو وجوده وافق رأي الأحناف من حيث المبدأ، وقد سبق وأن أوضحت عدم رجاحة ما ذهب إليه الأحناف في التفرقة بين الانعدام والجهل.

وإن كان القانون المدني الليبي قد وافق الفقه الحنفي لفظا في فصل شرط الانعدام عن الجهل، حيث أعد الإمكان شرطا مستقلا عن التعيين، إلا أن تفرقة الأحناف بين المعدوم، والمجهول لها ما يبررها من الجانب النظري، حيث فرقوا بين الوجود، والعلم في الحكم، والآثار، حيث اعتبروا الوجود شرط انعقاد، والعلم شرط صحة، وقالوا بناء على هذه التفرقة ببطلان بيع المعدوم، وفساد بيع المجهول، أما تفرقة القانون فلا مبرر لها إذ أن شرط التعيين يغني عن شرط الوجود، لأن الانعدام لا يبطل العقد إلا إذا أخل بشرط التعيين، كما سبق وان بينت، إضافة إلى أنه لا فرق من حيث الحكم، والآثار بين الانعدام والجهل لعدم التعيين، حيث أن القانون أعد التعيين شرط انعقاد كالإمكان، فلماذا إفراد شرط الإمكان، وما يثيره من إشكاليات، كما أن الفقه الحنفي لم يقرر مبدأ جواز العقد على المال المستقبل كالقانون، وإن حصل أعده من باب الاستثناء، وبناء عليه نرى عدم الحاجة للنص على شرط الإمكان والاستغناء عنه بشرط التعيين، وذلك لحل الإشكاليات التي يثيرها القانون، وفي إطار الوضع الحالي، فإن التعيين هو الفيصل في تحديد المراد بالإمكان، والمال المستقبل الجائز العقد عليه، وبهذا يزال التعارض الظاهري بين نصوص القانون.

إشكالية أراء فقهاء القانون.

لا نجد عناء في إثبات شرعية نصوص القانون المدني الليبي فيما يتعلق بالجهل بالمعقود عليه وتحديده، إنما الإشكالية أوجدها شراح القانون، فبعدما تبين التطابق التام بين نصوص

القانون، والفقه الإسلامي، أظهرت شروح فقهاء القانون للنصوص الاختلاف الواسع بين أحكام الفقه الإسلامي، والقانون المدني الليبي، ويرجع هذا حسب وجهة نظري للخطأ في تفسير النصوص نتيجة التأثر بالتطبيق الغربي، ولهذا ظهر التضارب بين عبارات الفقيه الواحد، وأحاول توضيح ذلك من خلال أخذ نماذج من مصادر الفقه القانوني، ومن خلال تحليل شرحهم لنصوص القانون أوضح مخالفتها لمضمون النصوص، وتناقضها مع نفسها، وأستعين بمصادر الفقه المصري، وذلك لتطابق نصوص القانون المدني الليبي مع نصوص القانون المدني المصري، ولتعرضهم لنصوص القانون المدني الليبي في بعض الأحيان، كما أن بعض هؤلاء الفقهاء شارك في إعداد القانون المدني الليبي، ولسد النقص في الفقه القانوني الليبي لحداثته، ولرسوخ قدم الفقهاء المصريين في هذا المجال، ولهذا نجد اعتماد أعضاء الجهاز القضائي الليبي على أراء فقهاء القانون المدني المصري.

إن الاختلاف بين الفقه الإسلامي، والفقه القانوني جاء في التطبيقات، حيث توسع فقهاء القانون في معنى الأموال المستقبلة التي نص القانون على جواز أن تكون محلا للعقد، وتجاهل هؤلاء الفقهاء تعارضها مع التعيين، ومع شرط الوجود، فمثلا يقول الدكتور السنهوري في بيان النص المتعلق بصحة العقد إذا كان المال مستقبلا: (وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود، كما إذا باع شخص نتاج ماشية قبل وجودها، فالنتاج قد لا يوجد، وقد يوجد، والبيع هنا يكون معلقا على شرط يتحقق إذا وجد النتاج، وقد يكون البيع الواقع على النتاج بيعا احتماليا، فيصح وجد النتاج، أم لم يوجد، ويراعى ذلك طبعا في تقدير الثمن)[1].

لقد ناقض السنهوري بهذه الأحكام ما قرره بشأن التعيين عند تحديده للمال المستقبل، فمثلا عند بيانه للمال المستقبل يقول: (فإذا كان المحل غير موجود أصلا وقت التعاقد، ولكنه سيوجد فيما بعد، فهذا هو الشيء المستقبل، وهو يصح أن يكون محلا للالتزام بشرط أن يكون معينا أو قابلا للتعيين)[2]، ويقول في التعيين:(إذا وقع العقد على شيء معين بالذات، وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة، فيوصف الشيء وصفا يكون مانعا للجهالة... إذا باع سيارة

(1) الوسيط للسنهوري ص 377/1.

(2) الوسيط للسنهوري 376/1.

معينة بالذات، وجب أن يبين أية سيارة يبيعها، وأن يذكر أوصافها المميزة، أما إذا كان غير معين بالذات وجب أن يكون معينا بجنسه، ونوعه ومقداره)[1].

إن عدم تعيين المحل في بيع النتاج واضحة ولا تحتاج إلى بيان، فالنتاج علاوة على أن جنسه غير معروف، هل هو ذكر، أو أنثى، وأوصافه المييزة لا يمكن تحديدها وقت العقد، فإن وجوده لا يمكن التحقق منه وقت التعاقد، فالنتاج على شرط الوجود أو الاحتمال فاقد لشرط التعيين، وقد اشترط السنهوري لصحة بيع المال المستقبل التعيين، ونظرا لأن النتاج غير معين وجب القول بعدم صحته.

لقد أصاب السنهوري باشتراطه للتعيين في بيع الأموال المستقبلة، وأزال أي تعارض ظاهري بين نصوص القانون، وأعطى للنصوص حيويتها، إلا أنه عاد بعد ذلك وهدم ما بناه، وناقض نفسه بالتوسع في معنى المال المستقبل.

لقد ذكر السنهوري أمثلة كثيرة على المال المستقبل، والتي لا يتوفر فيها شرط التعيين، منها بيع الزرع قبل بدو صلاحه، وقبل أن يخلق و بيع ورقة اليانصيب، وهذه البيوع لا يمكن القول بحصول تعيينها، وخلوها من الجهل، فهذه التطبيقات أفرغت شرط التعيين من محتواه.

إن إجازة هذه العقود لا تناقض أراء فقهاء القانون في معنى التعيين فحسب، بل تناقض نصوص القانون نفسه، فالقانون كما أجاز أن يكون المال المستقبل محلا للعقد اشترط وجود المحل، أو إمكانه لانعقاد العقد، وتطبيق القاعدتين على إطلاقهما غير ممكن للتناقض، كما سبق وأن أوضحت، والفيصل في الجمع بين النصين التعيين، وخلو العقد من المقامرة، والرهان، و لا يمكن القول بحصول معنى التعيين الذي ذكره فقهاء القانون في هذه التطبيقات، كما أنه لا يمكن تجاهل المخاطرة، والمقامرة التي تحتويها هذه التطبيقات، فبإجازة هذه العقود ناقض فقهاء القانون ما قرروه في معنى التعيين، كما أدت إلى تضارب النصوص نفسها، ولتجافي هذه الإشكاليات نعتمد على الفقه الإسلامي في تفسير نصوص القانون، وذلك بالاعتماد أساسا على التعيين في تحديد المال المستقبل الذي يجوز العقد عليه.

(1) نفس المرجع 388/1.

إن موافقة نصوص القانون للفقه الإسلامي أكثر من موافقتها لشروح القانون، وبالتالي يمكن القول بصلاحية الفقه الإسلامي لأن يكون القاعدة الفقهية للقانون المدني أكثر من صلاحية الفقه القانوني.

إن ما ورد عن الدكتور السنهوري من تناقض، بسبب توسعه في تفسير المال المستقبل وقع فيه أكثر فقهاء القانون.

ونعرض على سبيل المثال موقف الدكتور حبيب والدكتور مرقس، فيقرر حبيب أن الوجود شرط لانعقاد العقد، وأن القاعدة صلاحية المال المستقبل محلا للعقد، ومن الأمثلة التي ذكرها للمال المستقبل بيع الزرع قبل نضجه، أو قبل زرعه، وذكر بأن القاعدة هي بيع المال المستقبل بشكل مطلق، ونسي أنه قرر قبل ذلك وجوب وجود المحل لانعقاد العقد، ولم يشر للوجود هنا، ولم يوجه التناقض بين قوله بوجوب وجود المحل، و صحة بيع المال المستقبل بإطلاق، مع أن التناقض ظاهر في حالة إعمال القاعدتين على إطلاقهما، كما أنه ناقض قوله في التعيين، فقد بين بأن التعيين لنفي الجهالة، وأن التعيين يتم بتحديد الذات، والأوصاف المميزة للذات، أو بتعيين الجنس، والنوع، والقدر، فلم يكتف بتعيين الذات بل اشترط لتمام التعيين تحديد الأوصاف المميزة للمحل، مع أن تعيين الذات يتضمن تعيين أكثر الأوصاف المقصودة عادة[1]، فماذا حصل من تعيين للذات، والأوصاف المعتبرة في بيع الزرع قبل نضجه، أو قبل زرعه، و بيع النتاج، وغيرها من الأمثلة التي ذكرها للمال المستقبل.

لم يختلف رأي مرقس عن زميليه، فما ذكره في شرح شرطي الوجود والتعيين يناقض ما ذكره في بيان المال المستقبل، ففي شرحه لنص المادة 131 من القانون المدني المصري[2]، وهي تطابق تماما المادة 131 ق.م.ل.، يقول:

(وقد تضمن هذا النص قاعدة عامة واستثناء واحد من هذه القاعدة، أما القاعدة فهي جواز التعامل في الأموال المستقبلة أيا كان نوع التعامل، وأيا كان المال المستقبل، وبناء على ذلك

(1) المصادر الإرادية للالتزام لحبيب ص 248 وما بعدها.

(2) تنص المادة 1/123 من القانون المدني المصري على (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا.) الوافي لمرقس 263/2.

يجوز بيع الذي لم يوجد مادام محتمل الوجود.... وبيع المحصول قبل ظهوره، أو حتى قبل زرعه، وبيع ورقة اليانصيب، أو ضربة الشبكة)[1].

وقال في شرط التعيين:(ويجب أن يكون المبيع معينا حتى يرد الاتفاق عليه، لأنه إذا كان غير معين استحال ورود الاتفاق عليه.... والأشياء القيمية لابد من تعيين هذه الأشياء في عقد البيع بصفاتها المميزة تعيينا كافيا يحول دون الخلط بينها وبين غيرها.... الأشياء المثلية يجب أن تعين في عقد البيع بذكر نوعها، وبيان مقدارها بالعدد، أو الوزن، أو الكيل أو المقاس... ويقع باطلا بيع الأموال التي انعدمت وقت العقد، والتي لم تعين تعيينا كافيا)[2].

لقدساير القضاء الفقه القانوني في إهدار معنى التعيين، والتوسع في معنى المال المستقبل، فأجاز بيع المال المستقبل، ودون نظر لحصول التعيين، وخالف أحكام الفقه الإسلامي، وأوصل إلى نفس النتائج التي أوصل إليها الفقه القانوني، ومن الأمثلة القضائية، ما قضت به محكمة استئناف مصر في حكمها رقم 81، الصادر في 1948/4/18م، حيث نص الحكم على: (إن بيع الأشياء المستقبلة نوعان: الأول يجازف فيه المشتري في وجود المبيع نفسه، وهو ما يسمى ببيع الغرر، كبيع أوراق اليانصيب، أو بيع الصياد ضربة الشبكة، والثاني يجازف فيه المشتري في قدر المبيع، وكميته فقط، كشراء الفحم الذي لا ينتج من قاطرات السكك الحديدية في مدة مستقبلة، ومنطقة معينة، وحكم النوع الأول؛ ينفذ منجزا، ويجب على المشتري أداء الثمن مهما كانت النتيجة؛ وجد المبيع، أو لم يوجد، وحكم النوع الثاني؛أن يكون معلقا على شرط واقف، وهو وجود المبيع في المستقبل، مهما كان مقداره، ويشترط أن يكون وجود المبيع، أو عدم وجوده رهين ظروف لا دخل لأحد المتعاقدين فيها)[3].

إن التوسع في إجازة العقد على المال المستقبل أهدر معنى، ومضمون شرطي الوجود والتعيين، فما معنى اشتراط تعيين المحل إذا أجزنا بيع الأمل، والمال المحتمل، وبيع الثمر قبل أن يخلق، وبيع النتاج، وضربة الشبكة، وورقة اليانصيب.

(1) الوافي لمرقس 187/3 – 188، 191.

(2) المرجع السابق 196/3 وما بعدها.

(3) الوسيط للسنهوري 193/4.

إن هذه البيوع وما في معناها مناقضة تماما لمعنى التعيين، وهي معدومة وقت التعاقد، ولم تذكر على سبيل الاستثناء، أو حالة الضرورة، وإذا أجزنا هذه البيوع، فما هو الرهان، أو المقامرة الواجب خلو العقد منهما، واعتبر القانون أي عقد يتضمنهما باطلا.

لقد وافق القانون المدني الليبي الفقه الإسلامي، وخالف شراح القانون نصوص القانون والفقه الإسلامي، فأحكام القانون المدني يمكن تأصيلها شرعيا، فيما يتعلق بالجهل بالمعقود عليه، وتحديده، واستخدام الفقه الإسلامي في تفسير نصوص القانون المدني أنفع، وأولى من استخدام شروح فقهاء القانون،

فآراء الفقه الإسلامي تفسر التناقض الظاهري بين نصوص القانون، دون إخلال بمضمون النصوص ومقاصدها.

الفصل الثاني

المقارنة بين القانون المدني، والفقه الإسلامي في آثار الجهل والإشكاليات التي يثيرها القانون

لقد وافق القانون المدني الليبي الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالنهي عن الجهل، وتحديده، وقد أمكن توجيه الإشكاليات التي يثيرها القانون، واعتبرتها أزمة تفسير، وفي هذا الفصل أناقش المقارنة بين القانون والفقه الإسلامي فيما يتعلق بالآثار المترتبة على الجهل، والإشكاليات التي يثيرها القانون، وأقسم هذا الفصل لمبحثين، في المبحث الأول أخصصه للمقارنة من حيث الآثار، أما المبحث الثاني فموضوعه الإشكاليات التي يثيرها القانون، ومحاولة توجيهها، إن أمكن ذلك.

المبحث الأول

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي في أحكام الجهل، وآثاره

بينت في الفصل السابق من هذا المبحث بأن نصوص القانون الليبي وافقت أراء الفقه الإسلامي في النهي عن الجهل وتحديده، والخلاف بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني مرجعه الغموض في تفسير النصوص، وقد أوضحت تناقض عبارات فقهاء القانون، كما أوضحت صلاحية الفقه الإسلامي لأن يكون القاعدة الفقهية للقانون المدني الليبي، لهذا سأركز على نصوص القانون في هذه المقارنة.

لقد اتفقت أراء الفقه الإسلامي على عدم ترتيب أي أثر على العقد إذا كان المحل مجهولا، فالعقد في هذه الحالة كالعدم، وهذا معنى البطلان في الفقه الإسلامي، ولا عبرة بالخلاف اللفظي، ولا فرق في هذا الحكم، وأثاره بين العقود الزمنية وغيرها، أما ما يترتب في ذمة المتعاقدين من آثار في العقود الزمنية الباطلة فأساسه الإثراء بلا سبب لا العقد، ولا فرق بين انعدام المحل، والجهل به في الحكم، والآثار، وأما ما ورد عن الأحناف من التفرقة بين الانعدام، والجهل فلا تتجاوز اللفظ، فالأحناف وإن قالوا بفساد بيع المجهول، وبطلان بيع المعدوم، إلا أنهم طبقوا آثار البطلان في الحالتين، وقد فصلت القول في هذه المسألة في الباب الثالث من هذا البحث، فأين موقف القانون الليبي من الفقه الإسلامي في مسألة البطلان للجهل، وآثاره.

موقف القانون الليبي من البطلان للجهل وأثاره:

إن القاعدة هي بطلان العقد إذا كان المحل معدوما، وقد نصت على هذا المادة 131 ق.م.ل حيث تنص على: (إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، كان العقد باطلا)[1]، وقد

(1) القانون المدني ص 24.

جعل المشرع نفس الجزاء لعدم التعيين، حيث تنص المادة 1/133 ق.م.ل. على: (إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره، وإلا كان العقد باطلا)[1].

تدل النصوص السابقة على بطلان العقد إذا كان المحل مجهولا، فالانعدام وعدم التعيين يقابلان الجهل بالمعقود عليه في الفقه الإسلامي، والنصوص السابقة وإن تحدثت عن الالتزامات بصفة عامة، إلا أن المشرع ختم بالعقد في تحديد الالتزام مع أن صدر النص يتحدث عن الالتزامات بوجه عام، وهذا يعني أن أهم ما يراد بهذه الأحكام هو العقد، كما أن تطبيق أحكام الالتزامات المتعلقة بالجهل على العقود بشكل عام محل اتفاق في أوساط الفقه القانوني، وفي هذا يقول مرقس في عقد البيع: (... جميع ما أوردناه في نظرية الالتزام بوجه عام تسري على البيع، كما تسري على العقود الأخرى، فيرجع إليها في الجزء الأول حيث ذكرت هذه الأحكام تفصيلا)[2].

إن دلالة النصوص السابقة على بطلان العقد إذا كان المحل مجهولا واضحة وصريحة، ولا تحتاج إلى تفسير، أو تأويل للوصول لهذا الحكم، وإذا كان العقد باطلا، فما هي الآثار المترتبة على البطلان ؟.

أنواع البطلان.

إن التقسيم السائد في الفقه القانوني لتقسيم البطلان هو التقسيم الثنائي، فالبطلان ينقسم إلى بطلان مطلق، وبطلان نسبي، والمشرع عدل عن استخدام المطلق والنسبي، وذلك تأثرا بالمشرع المصري، فاستخدم لفظ البطلان، عوضا عن البطلان المطلق، ولفظ القابلية للإبطال، عوضا عن البطلان النسبي[3]، وقبل بيان نوع البطلان المترتب على الجهل نعطي صورة مختصرة لنوعي البطلان، و نساير المشرع في استخدامه، ونبين نوع البطلان للجهل، والآثار المترتبة على كل نوع، وفقا لاستخدام المشرع.

(1) القانون المدني ص 24.

(2) الوافي لمرقس 422/2.

(3) المرجع السابق /423.

البطلان وما يترتب عليه من أثار.

إن العقد الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد، وكما يعبر عنه القانون، العقد الباطل يعود فيه المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، وقد نصت المادة 1/142 ق.م.ل. على: (في حالتي إبطال العقد أو بطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل)[1].

إن إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ملازمة للعقد الباطل، لأن البطلان لا يزول بالإجازة، والبطلان في مواجهة الكافة، لهذا لا يتوقف الحكم بالبطلان، وإزالة أثر العقد على التمسك به من أطراف العقد، بل يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به، ولو لم يكن طرفا في العقد، بل يجوز الحكم به من قبل القاضي، ولو لم يدفع به أحد، وقد نصت على هذه الأحكام المادة 1/141 ق.م.ل.، (إذا كان العقد باطلا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة)[2]. فالعقد الباطل كما يقول فقهاء القانون ولد ميتا، فلا يصلح لإنتاج أي أثر، فالعقد الباطل كالعدم[3].

إن دلالة نصوص القانون الليبي على أن العقد الباطل كالعدم صريحة وظاهرة، فالعقد الباطل كلا عقد، ولا أمل في ترتيب أي أثر عليه، لأن البطلان ملاصق للعقد، ولا يتوقف أثر البطلان على طلب أحد الأطراف، لأنه غير مقرر لمصلحة طرف دون طرف ما، بحيث يتوقف على طلبه بطلان العقد، فهو باطل في مواجهة الكافة، لهذا جاز للقاضي الحكم به من تلقاء نفسه، كما أن الإجازة لا تلحق هذا العقد، مما يجعله كالعدم.

القابلية للإبطال.

يترتب على القابلية للإبطال عودة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد، أي اعتبار العقد كالعدم، إلا أن إعدام أثر العقد يتوقف على طلب أحد طرفي العقد، وهو الطرف المقرر

(1) القانون المدني ص 26.

(2) المرجع السابق ص 25.

(3) الوافي لمرقس 422/2 - 423.

الإبطال لمصلحته، فالعقد القابل للإبطال صحيح، وتترتب عليه أثاره في مواجهة الكافة، ما عدا من تقرر البطلان لمصلحته، كما أن من تقرر الإبطال لمصلحته له حق إجازة العقد لمصلحته، أو إعدام أثر العقد، فالعقد الباطل يختلف عن العقد القابل للإبطال من عدة وجوه، حيث أن العقد القابل للإبطال صحيح في مواجهة الكافة من وقت انعقاده إلى وقت طلب إبطاله من الطرف المقرر لمصلحته، كما أن هذا العقد يمكن أن تلحقه الإجازة، وإيقاف خطر التهديد باحتمال إبطال العقد، وقد دلت على هذه الأحكام المادتان 138، 1/139 ق.م.ل.، فالمادة 138 تنص على: (إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الأخر أن يتمسك بهذا العقد)[1]، فإذا كان المتعاقد الأخر لا يملك التمسك بالبطلان، فالأجنبي عن العقد من باب الأولى، وهذا يدل على أن القاضي لا يملك الحكم به من تلقاء نفسه، أما قابلية العقد للإجازة فقد تناوله القانون في المادة 1/139 ق.م.ل.، فنصت على: (يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة، والضمنية). [2]

يدل هذا النص على أن العقد القابل للإبطال يمكن أن يحصن من خطر الإبطال، وتترتب عليه أثاره، وذلك بإجازة الطرف المقرر حق الإبطال لمصلحته، فالعقد القابل للإبطال قائم موجود، وتترتب عليه آثار العقد الصحيح، إلا أن أحد الأطراف له حق طلب إبطاله، وحق إجازته، وقد أكد فقهاء القانون وجود العقد وقيامه، فيقول مرقس في هذا الشأن: (أما البطلان النسبي، فأثره لا يحول دون وجود العقد وجودا قانونيا، فالعقد الباطل بطلانا نسبيا له وجود قانوني، وينتج أثاره كأي عقد صحيح، غير أنه يحمل جرثومة الفناء، فيجوز للمتعاقد الذي يخوله القانون ذلك أن يجهز عليه، بأن يبطله)[3].

من خلال ما سبق يمكن إجمال القول بأن العقد الباطل ليس بعقد، ولا يترتب عليه أي أثر، أما العقد القابل للإبطال فهو عقد صحيح إلا في مواجهة من تقرر البطلان لمصلحته، فالفارق بين نوعي البطلان ظاهر، وقوي، وهذا يقتضي معرفة نوع البطلان المترتب على الجهل بالمعقود عليه.

(1) القانون المدني ص 25.

(2) المرجع السابق ص 25.

(3) الوافي لمرقس 423/2.

نوع بطلان العقد على المجهول.

إن النصوص العامة في الالتزام تدل على أن العقد على المجهول باطل- بطلانا مطلقا- ويدل على أن البطلان مطلقا لفظ النص نفسه، فقد استخدم القانون في المادتين 132، 1/132 ق.م.ل. لفظ البطلان كجزاء على انعدام المحل، أو الجهل لعدم التعيين، ولفظ البطلان يراد به البطلان المطلق، كما سبق وأن أوضحت، ويؤيدني في هذا الاستخلاص أراء فقهاء القانون المدني الليبي، والقانون المدني المصري، ومن أهم الأدلة من الفقه القانوني ما يأتي:

1- لقد صرح بهذا عدد من فقهاء القانون، فيقول حبيب مثلا في بيان شرط الوجود وأثر تخلفه:(والاستحالة المطلقة يجب أن تكون قائمة وقت العقد، فهذه متى قامت على هذا النحو جعلت المحل معدوما، وكان العقد باطلا بطلانا مطلقا)[1] ويقول في بيان شرط التعيين، وبيان أثر تخلفه: (... أما إذا التزم المقاول بإقامة بناء فحسب، دون أي تحديد، ودون أن توجد لدينا من ظروف الاتفاق ما يساعد على تبيانها، كان محل الالتزام غير معين، وبالتالي كان محل الالتزام باطلا، ولا يتولد عنه أي التزام)[2]، أما مرقس فقد أوضح بأن كلمة باطل أينما وردت في القانون المدني المصري يراد بها البطلان المطلق، و أما البطلان النسبي فقد عبر عنه القانون بلفظ قابل للإبطال[3].

2- اتفاق فقهاء القانون على أن وجود المحل أو إمكانه وتعيينه شرطي انعقاد لا صحة، وشرط الانعقاد يترتب عليه البطلان المطلق لا النسبي، والجهل ما هو إلا نتيجة تخلف أحد الشرطين[4]، فالجهل بالمحل يترتب عليه البطلان المطلق.

تدل نصوص القانون السابق عرضها، وأراء فقهاء القانون على أن المبدأ هو بطلان بيع المجهول بطلانا مطلقا، وهذا ظاهر من خلال النصوص، وأراء الفقهاء في تحديد التعيين والوجود، إلا أن بعض النصوص القانونية تثير إشكالا حول هذا المبدأ، ونعرض هنا أهم هذه النصوص، وأحاول من خلال تحليلها حل الإشكال الذي تثيره هذه النصوص إن أمكن، وذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل.

(1) المصادر الإرادية للالتزام لحبيب ص 241.

(2) المرجع نفسه ص 248.

(3) الوافي لمرقس 423/2.

(4) الوسيط للسنهوري 367/1 وما بعده، 388 وما بعدها، 41/4. النظرية العامة للالتزام لبدوي 141،138 وما بعدها. المصادر الإرادية للالتزام لحبيب ص 242، 248 وما بعدها.

المبحث الثاني

الإشكاليات التي يثيرها القانون بشأن بطلان بيع المجهول

لقد وافق القانون المدني الليبي الفقه الإسلامي في الآثار المترتبة على الجهل، من حيث المبدأ، فقرر بطلان بيع المجهول بطلانا مطلقا، وعودة المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، إلا أن بعض نصوص القانون المدني الليبي أثارت بعض الإشكاليات، وأحاول في هذا المبحث عرض أهم هذه الإشكاليات ومناقشتها، وتوجيهها إن أمكن.

عدم تعيين الجودة عند اختلافها:

تنص المادة 2/133 ق.م.ل.: (ويكفي أن يكون محل الالتزام معينا بنوعه فقط، إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث الجودة، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف، أو من أي ظرف أخر، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف وسط)[1].

إن ما ورد في عجز الفقرة الثانية من المادة 133 ق.م.ل يعد نقضا لما ورد في الفقرة الأولى من نفس المادة، حيث نص المشرع في الفقرة الأولى على بطلان العقد إذا تخلف شرط التعيين، وفي عجز الفقرة الثانية قرر وجوب التزام المتعاقد بصنف وسط عند اختلاف الجودة، ولم تذكر في العقد، ولا يمكن استخلاصها من العرف، أو ظروف التعاقد، وهذا يعني عدم تطبيق البطلان، لأن البطلان المطلق المقرر كجزاء لتخلف شرط التعيين يترتب عليه عودة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد، أي خلو ذمة المتعاقدين من أي التزام بمقتضى العقد، إلا أن المشرع هنا رتب على العقد أثاره،وهذا نقض لحكم البطلان المقرر بالمادة 1/133 ق.م.ل.، لأن عدم ذكر الجودة عند اختلافها اختلال لشرط التعيين وفقا للتحديد السابق لمعنى التعيين، حيث أن درجة الجودة مؤثرة في تقييم المبيع، وتحديد رغبة الحصول عليه من عدمها، ويظهر هذا في المبيعات الحديثة أكثر.

(1) القانون المدني ص 24.

إن عدم تطبيق البطلان في حالة الجهل بالصنف، وإلزام المتعاقد بتقديم صنف وسط ظاهر من ألفاظ النص، وأكده فقهاء القانون، ولم يتعرضوا لتوجيه عدم تطبيق البطلان، ومخالفة المبدأ العام المقرر بموجب الفقرة الأولى من المادة 133 ق.م.ل.، فيقول بدوي في هذا: (وإذا كانت الأشياء المثلية متفاوتة في درجة جودتها، ولم يتضمن العرف أسس تعيينها، فإن العقد لا يبطل، بل يلتزم المدين بمقتضى قاعدة مكملة، أو مفسرة بأن يسلم شيئا من صنف وسط)[1]، ويقول مرقس: (إذا كانت الأشياء المثلية تتفاوت من حيث الجودة، وجب أن تعين درجة جودتها، غير أنه لا يشترط أن يعين الطرفان هذه الدرجة صراحة، ويمكن استنباطها من ظرف التعاقد، أو بالرجوع إلى العرف، وإلا فيفرض أنهما قصدا أن يكون المعقود عليه من درجة متوسطة)[2].

إن تحديد درجة الجودة يرجع عادة لاختلاف النوع، أو الوصف المعتبر، وأرجح دلالة النص على رجوع اختلاف الجودة هنا لاختلاف النوع، والسند في هذا الترجيح ما يلي:

-1 أن المشرع استخدم لفظ صنف، ولفظ صنف يطلق على النوع عادة، ولا يطلق صنف على الوصف عادة، ولا قرينة في النص تمنع من إرادة النوع.

إن اختلاف الجودة إما أن يعود لاختلاف النوع، أو اختلاف وصف معتبر، والوصف عادة يوصف بالاعتبار لا بتنوعه إلى أصناف، فإشارة المشرع للصنف الوسط دليل على أنه أراد الاختلاف الذي يعود للنوع.

-2 إن شرط التعيين نصت عليه المادة 133 ق.م.ل.[3]، وأوضح المشرع من خلال النص

---

(1) النظرية العامة للالتزام لبدوي 143/1.

(2) الوافي لمرقس 279/2. لم يحك خلافا في هذه المسألة بين فقهاء القانون. انظر في هذا مثلا، الوسيط للسنهوري 389/1.

(3) نص المادة 133 ق. م. ل.:

(1 - إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره، وإلا كان العقد باطلا.

2 – ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف، أو من أي ظرف أخر، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف وسط.). القانون المدني ص 24.

بأن التعيين من حيث الأصل يتم بالذات، وقد افترض أن تعيين الذات يتم به تعيين الجنس، والنوع، والمقدار، والأوصاف المعتبرة عادة، وذلك لأن مقاصد التعيين لا تتحقق إلا بتعيين هذه الأمور، ثم أوضح في نفس النص بأن تعيين الذات يقوم مقامه تعيين النوع، والمقدار، ولهذا جعل المشرع تعيين النوع، والمقدار من باب التعيين الحكمي للذات، ولم يذكر الجنس، لأن تعيين النوع يتحقق به تعيين الجنس اقتضاء، ولهذا نجد أن الفقهاء عندما ذكروا العناصر التي يتم بها التعيين صدروها بالجنس، لأن العلم بالنوع يقتضي تعيين الجنس من باب أولى في الغالب، ثم انتقل في الفقرة الثانية إلى البدائل، للنوع، والمقدار، فأجاز الاكتفاء بالأسس التي يستطاع من خلالها تعيين المقدار في صدر الفقرة الثانية من نفس المادة، وهذا يعني أن البديل الأخر يكون للنوع، فأوجب اللجوء إلى العرف، والظروف من حيث المبدأ، فإن لم يمكن ذلك افترض الصنف الوسط، فكيف يمكن القول بأن ما ذكر يعود للأوصاف وهي لم تذكر في النص، فإن ما ذكر يعد من باب البديل لعدم تعيين النوع، وسياق النص يرجحه.

3- إن عدم ذكر المشرع للأوصاف في النص يدل على أنه أوكل ذلك للفقه، والقضاء، واكتفي بدلالة الذات، أو الجنس، والنوع، والمقدار على ذلك، فالنوع يشمل الأوصاف المعتبرة المتعلقة به، والجنس، والمقدار كذلك، ولهذا اتفق فقهاء القانون على أن التعيين الذي نص عليه المشرع يشمل الأوصاف المميزة، وهذا يؤيد القول بأن الصنف الوسط يراد به النوع.

إن إرجاع اختلاف الصنف للنوع يؤدي إلى تناقض النص مع نفسه، حيث اشترط النص في الفقرة الأولى تعيين نوع المحل، وجعل البطلان المطلق جزاء لعدم التعيين، ثم بين في الفقرة الثانية بأن التعيين الحكمي يقوم مقام التعيين الحقيقي، فاكتفي بتحديد الأسس التي يعين بها المقدار، ولو لم يتم تعيين المقدار، وفي النوع أقام التعيين عن طريق العرف أو الظروف مقام التعيين بالاتفاق، ثم عاد بعد ذلك وقرر في عجز الفقرة الثانية من المادة 133 ق.م.ل. صحة العقد ووجوب الالتزام به، ولو لم يحصل تعيين حقيقي، أو حكمي للنوع، هذا على اعتبار أن الجودة والرداءة تعود للنوع.

إن تعطيل أثر البطلان عند عدم تعيين النوع حقيقة، أو حكما يخالف معنى التعيين ومقاصده، فالمتعاقد لا يعلم ما التزم به وقت انعقاد العقد، والعقد لا يخلو من الجهالة، إضافة إلى أن اختلاف تحديد درجة الصنف محل خلاف في تقدير المستهلك في كثير من المنتجات،

خاصة الحديثة، والمعتمدة على العلامة التجارية، فمثلا في مجال الأجهزة الإلكترونية، هناك من يفضل الـ (SONY)على (JVC) وهناك من يفضل الثانية، فالصنف الوسط قد لا يحدد الرغبة الحقيقية، ولا يحدث التوازن عند التقييم، والعبرة في التعاقد بإرادة المتعاقدين، فالجهالة لا يمكن انتفائها بمجرد افتراض استحضار الصنف الوسط، فالمتعاقدان لم يستحضرا الصنف الوسط، ولم يحددا المعقود عليه بكامل عناصره، وأوصافه المقصودة، وبهذا فهما دخلا على المقامرة، وإذا لم يستحضرا الصنف الوسط اختل شرط التعيين، لأن التعيين هو معرفة ما التزم به المتعاقد، وهذا لم يحدد وقت العقد، وإذا كان الرضى بالجهل، والاتفاق عليه لا يمنع من بطلان العقد، فكيف نصحح العقد مع افتراض العلم، وافتراض العلم يعني أن احتمال الجهل قائم، بل هو الغالب.

لقد طبق المشرع هذا الحكم في أكثر من موضع، فمثلا في عقد الإيجار، وعقد العمل افترض الأجرة، والمدة في حالة السكوت عنها، فالأصل في عقد الإيجار ذكر المدة والأجرة، لأنهما جزء من المعقود عليه، وعدم ذكرهما يفضي للجهل لعدم التعيين، وجزاء الجهل هو البطلان، إلا أن المشرع عدل عن حكم البطلان في حالة عدم ذكر الأجرة أو المدة، ففي الأجرة مثلا تنص المادة 561 ق.م.ل. على: (إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة، أو على كيفية تقديرها، أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة، وجب اعتبار أجرة المثل)[1].

إن النص يدل ظاهره على أن تحديد الأجرة إذا لم يتم لا يبطل العقد لأي سبب كان، سواء كان عدم الاتفاق لعدم ذكرها، أو للاختلاف بشأنها، إلا أن فقهاء القانون كان لهم رأيا أخر، حيث فرقوا بين عدم الاتفاق على الأجرة لعدم ذكرها، أو عدم الاتفاق عليها للاختلاف حولها، أو عدم الرضى بها، وفي هذا يقول السنهوري: (فالأجرة لابد من وجودها في عقد الإيجار، ويلاحظ أن الأجرة وإن كانت ركنا في العقد إلا أنها كركن المدة في أن المتعاقدين إذا لم يتعرضا لها تكفل القانون بتحديدها، ويبقى عقد الإيجار صحيحا، أما إذا تعرضا لها، ولم يتفقا عليها كان العقد باطلا)[2].

(1) القانون المدني ص 101.

(2) الوسيط للسنهوري 6 المجلد الأول /159.

لا مبرر من حيث معنى الجهل لعدم التعيين للتفرقة بين عدم الاتفاق على الأجرة، للاختلاف بشأنها، أو لعدم إيرادها أصلا، فإذا كان افتراض العلم بتقدير القانون يمنع الجهل ويحقق التعيين، فالأمر واحد في الحالتين، كما أن الجهل لعدم التعيين منظور فيه للمحل لا لحالة المتعاقدين، لهذا سوى المشرع بين حالة الاتفاق على الجهل، وحالة عدم العلم به، وسوى بين الرضى به، وعدمه، فالجهل لعدم التعيين واحد في الصور كلها.

لم يقتصر عدول المشرع عن البطلان على الأجرة فقط، بل طبق هذا على مسائل كثيرة منها، المدة في عقد الإيجار حيث تنص المادة 562 ق.م.ل. على: (إذا لم يحدد الأطراف مدة الإيجار عد الإيجار منعقدا للفترات التالية:

أ – في المنازل المعدة لمزاولة مهنة أو تجارة أو صناعة لمدة سنة مع مراعاة العرف المحلي)[1]، وقد طبق القانون هذا الحكم على عقود العمل أيضا حيث تنص المادة 681 ق.م.ل. على: (1- إذا لم تنص العقود الفردية، والعقود الجماعية، أو لوائح المصنع على الأجر الذي يلتزم به صاحب المصنع أخذ بالسعر المقدر لعمل من ذات النوع إن وجد، وإلا قدر الأجر طبقا لعرف المهنة، وعرف الجهة التي يؤدي فيها العمل، فإن لم يجد عرف تولى القاضي تقدير الأجرة وفقا لمقتضيات العدالة. 2- ويتبع ذلك في تحديد نوع الخدمة الواجب على العامل أداؤها، وفي تحديد مراعاتها)[2].

إن رجوع اختلاف الجودة للنوع، وإلزام المتعاقد بتقديم صنف وسط تعديل لبطلان العقد للجهل لعدم التعيين، وخروج المشرع عن مبدأ البطلان في تحديد الأجرة في عقد الإيجار، والمدة، وفي تحديد الخدمة في عقد العمل تعديل للمبدأ الذي قرره المشرع، وهو البطلان للجهل لعدم التعيين، وإهدار للحِكَم، والمقاصد التي من أجلها منع المشرع بيع المجهول، وكان الأولى بالمشرع الاكتفاء باشتراط التعيين للمحل، وترك مسألة التفصيل للفقه، والقضاء.

---

(1) لم يقتصر النص على المنازل المؤقتة، والمحال المعدة لمزاولة مهنة، أو تجارة، أو صناعة، بل ذكر أنواع الأشياء المؤجرة، والمتداولة، والمعروفة، واقتصرت على الفقرة الأولى كمثال، ولكفايتها في إثبات المطلوب، راجع المادة 562 ق. م. ل. الفقرات ب،ج د، القانون المدني ص 101.

(2) القانون المدني ص 124.

إن اعتبار اختلاف الجودة راجع لاختلال وصف معتبر لا يختلف كثيرا من حيث المضمون، كما أن المشرع طبق هذا الحكم في حالة اختلال الركن أيضا، كما في مسألة الأجرة، و المدة في عقد الإيجار، والأجرة، والخدمة في عقد العمل الفردي والجماعي، فما معنى التعيين إذا كان الجهل بالصنف لا يبطل العقد في البيع، والجهل بالأجرة، والمدة، ونوع الخدمة لا يبطل العقد في عقدي العمل، والإيجار، وإذا كان تقدير القاضي، أو الالتزام بالصنف الوسط، أو المثل، أو تقدير القاضي يمنع الجهل، فلماذا لا يطبق في العقود جميعا.

إن إلزام المتعاقد بصنف وسط في حالة الجهل بالصنف، وإن أمكن تبريره،أو توجيهه، فلا يمكن توجيه الجهل بالأجرة، أو المدة، أو الخدمة، أو العمل، فإن أمكن حصر الجودة في اختلاف الوصف، فإن الأجرة وما في حكمها أركان، وعناصر أساسية في العقود.

إن القانون لم يخالف الفقه الإسلامي في هذه المسائل فقط، بل ناقض نفسه أيضا، فألغى حكم البطلان لعدم التعيين، وضيع ما أراد حمايته من مصالح، وأهمها العلاقة التعاقدية، ورضى أطراف العلاقة، وحماية العقود من المقامرة، والرهان.

العلم الكافي بالمبيع.

نص المشرع في تنظيمه لعقد البيع في المادة 408 ق.م.ل على: (-1 يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل على بيان المبيع، وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه. - 2 وإذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه، إلا إذا أثبت تدليس البائع)[1].

إن الإشكالية التي يثيرها هذا النص هي الانتقال من البطلان المطلق إلى البطلان النسبي، حيث جعل المشرع جزاء عدم العلم الكافي قابليته للبطلان، والقابلية للإبطال هي البطلان النسبي كما أوضحت، وقبل توجيه النص نوضح ما المراد بالعلم الكافي، وما علاقته بالتعيين.

(1) القانون المدني ص 75.

المراد بالعلم الكافي.

لقد دلت عبارات فقهاء القانون على أن العلم الكافي بالمبيع يختلف عن التعيين، وتضاربت آراؤهم حول المقصود بالعلم الكافي، بل إنني أجد التضارب حتى في عبارات الفقيه الواحد، ويمكن حصر الآراء في تحديد العلم الكافي في الأتي:-

-1 يرى جانب من الفقه القانوني بأن المراد من العلم الكافي معرفة ذات المبيع، وأوصافه الأساسية، ومدى ملاءمته للغرض من شرائه، ليكون هذا العلم أساسا للرضى الذي يصدر من المشتري[1].

-2 يرى جانب أخر من الفقه القانوني بأن المراد من العلم الكافي معرفة المشتري بأوصاف المبيع الأساسية التي تبين ما إذا كان ملائما للغرض المطلوب منه، أو غير ملائم ليتم رضاؤه، ويمتنع تضرره[2].

-3 يرى جانب أخر من الفقه القانوني بأن هذا النص يعالج مسألة خيار الرؤية في الفقه الإسلامي، حيث أن العلم الكافي يراد به من حيث الأصل الرؤية، وما يحصل بها من معرفة تفوق المعرفة الحاصلة بالتعيين[3].

إن القول بأن القانون لم يضع تحديدا، أو تعريفا، أو ضابطا للعلم الكافي محل نظر، فما المقصود بقول المشرع: (ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع، وأوصافه

---

(1) لقد نقل الدكتور مراد أراء فقهاء القانون المدني في كتابه أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته، وذكر بأن القانون لم يضع تحديدا، أو تعريفا، أو ضابطا للعلم الكافي، وإنما ذلك من اختصاص الفقه، وحصر أراء فقهاء القانون في اتجاهين، أولهما شمول العلم الكافي للعلم بالمبيع، وأوصافه وقد نقل القول بهذا الرأي عن أكثر فقهاء القانون المصري، ومنهم الدكتور جميل الشرقاوي في كتابه شرح العقود المدنية – البيع والمقايضة، والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في كتابه محاضرات في العقود الجزء الثاني، عقد البيع، والدكتور أنور سلطان في كتابه العقود المسماة – شرح عقد البيع والمقايضة، والدكتور محمد علي عمران، والدكتور السيد عيد نايل في كتابهما عقد البيع. انظر أحكام المبيع وتطبيقاه لمبروك ص 74 – 75.

(2) المرجع السابق لمبروك ص 76. وقد نقل القول بهذا الرأي عن الدكتور محمد حلمي عيسى في كتابه شرح البيع في القوانين المصرية، والفرنسية، والشريعة الإسلامية، والدكتور مجدي صبحي خليل.

(3) الوسيط للسنهوري 123/4 – 124. الوافي لمرقس 305/3 وما بعدها.

الأساسية بيانا يمكن من تعرفه)[1]، ولا نرى اختلافا واضحا بين عبارة النص السابقة، والرأي الأول في تحديد العلم الكافي، أما الرأي الثاني والثالث في تحديد العلم الكافي فلا يؤيده النص وبيان ذلك على النحو التالي:

1- لقد فرق الرأي الثاني بين العلم الكافي، والتعيين، وخص التعيين بالعلم بالذات حقيقة، أو حكما، أما العلم الكافي فهو العلم بالأوصاف الأساسية،وهذا التحديد لمعنى العلم الكافي يناقض ظاهر النص، فبيان المبيع يكون ببيان ذاته حقيقة، أو حكما، ويشمل بيان الصفات الأساسية، وعطف الصفات على الذات من باب عطف الخاص على العام، ولهذا اتفقت كلمة فقهاء القانون في تحديد التعيين على شمول التعيين للعلم بالصفات المميزة[2].

2- إن المقاصد التي ذكرها فقهاء القانون للنهي عن الجهل لعدم التعيين تقتضي العلم بالصفات الأساسية، فالجهل بالأوصاف الأساسية لا يخلص العقد من المقامرة، ولا يمنع المنازعة، ولا يحدد محل الالتزام[3].

3- إن القول بأن النص يعالج مسألة خيار الرؤية محل نظر، فالنص لم يتعرض لوسيلة العلم، بل اكتفى ببيان ما يتحقق به العلم، وهذا يعني أن العبرة بالمضمون في تحقق التعيين بصرف النظر عن وسيلته، كما أن خيار الرؤية في الفقه الإسلامي يختلف عن قاعدة العلم الكافي بالمبيع الذي قررته المادة 408 ق.م.ل، فخيار الرؤية يكون في حالة العلم بالعناصر الأساسية، والأوصاف المعتبرة، أو على الخيار، ففي حالة البيع على الوصف، فإن خيار الرؤية لا يثبت إلا إذا كان المبيع على غير الحالة التي تم عليها الاتفاق، وهذه لا تدخل ضمن التعيين، ولا الجهل كما سبق وأن أوضحت، أما إذا كان على الخيار فإن لبيع الخيار أحكامه الخاصة، والحديث هنا عن البيع البات.

إن خيار الرؤية لا يصلح أن يكون أساسا للعلم الكافي، لأن النص تناول حالة الجهل

---

(1) المادة 408 ق. م. ل انظر القانون المدني ص 75.

(2) الوسيط للسنهوري للسنهوري 388/1 وما بعدها. المصادر الإرادية لحبيب ص 240 وما بعدها.

(3) الوسيط للسنهوري 388/1 وما بعده، 41/4. المصادر الإرادية لحبيب ص 248 وما بعدها. النظرية العامة للالتزام لبدوي 137/1 وما بعدها.

بالذات، والصفات، وهذه الحالة في الفقه الإسلامي لا يثبت فيها خيار الرؤية، بل يبطل فيها العقد للجهل.

إن خيار الرؤية في الفقه الإسلامي لا يصلح أن يكون أساسا لنص المادة 408 ق. م. ل، فخيار الرؤية أقرب إلى الغلط منه إلى الجهل، ولهذا درسه الفقهاء ضمن موضوع الخيارات، وقد فصلت القول في هذه المسألة في الباب الثاني [1].

إن العلم الكافي لا يختلف عن التعيين، فما يحقق التعيين يحقق العلم الكافي، وهذا ما دلت عليه نصوص القانون، وقد أشار إلى هذا فقهاء القانون في أكثر من مناسبة، وفرقوا بين العلم الكافي، والتعيين في مواضع أخرى، مما أدى إلى تناقض عباراتهم في هذا المضمار، فمثلا يقول السنهوري:(إذا وقع العقد على شيء معين بالذات، وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة، فيوصف وصفا مانعا للجهالة... وقد طبقت المادة[2] 419 من القانون الجديد هذه القاعدة في صدد عقد البيع)[3].

إن العلم الكافي وفقا للنص السابق لا يختلف عن التعيين، ويؤيد هذا المقاصد والحِكَم من النهي عن الجهل، إضافة إلى ألفاظ النص، أما التعارض الظاهري فيمكن توجيهه بما يلي:

إن التعيين يراد به العلم بالعناصر الأساسية، والأوصاف المعتبرة، وذلك وفقا للعلم النافي للجهل في الفقه الإسلامي، أي تحقق صورة المعقود عليه التي وقع عليها الرضى في ذهن المشتري وقت التعاقد، أما العلم الكافي فيراد به تحقق صورة المعقود عليه في ذهن المشتري فقط، فالقانون هنا تأثر بالفقه الإسلامي، ولكن ليس على أساس خيار الرؤية، وإنما تأثر بالرأي القاضي بحصر الجهل المانع من الصحة في الجهل من الجانبين، أما الجهل من طرف واحد فلا يفضي للجهالة المبطلة للعقد، والقول بصحة العقد إذا علم أحد المتعاقدين

---

(1) انظر ص 98 وما بعدها من هذا البحث.

(2) إن نص المادة قزم. م 419 يطابق نص المادة 408 ق. م. ل تماما، إضافة إلى تعريج المؤلف على نص المادة 408، عند شرحه للمادة 419 ق. م.

(3) مع أن السنهوري قد ذكر في موضع سابق أن المادة 419 تعد تطبيقا للمادة 133 القاضية بوجوب التعيين، إلا أنه عاد هنا وناقض نفسه، وفرق بين التعيين والعلم الكافي، واعتبر هذا من باب التوفيق بين القواعد العامة في القانون، وأحكام الفقه الإسلامي في خيار الرؤية الوسيط للسنهوري 388/1، 123/4.

بالمعقود عليه رأي ذهب إليه جانب من الفقه الإسلامي، وهذا القول وإن لم يكن راجحا، إلا أنه لا يخلو من الوجاهة، وقد أوضحت ذلك فيما سبق[1]، وحمل تفرقة المشرع بين العلم الكافي، والتعيين على هذا الأساس أقرب للصواب لعدة أسباب أهمها:

-1 إن ألفاظ النص تؤيد هذا القول، فالعلم أسند للمشتري، أي أن المشرع نظر إليه باعتبار وصوله للمشتري لا باعتبار تحققه في ذاته، بخلاف الأمر في التعيين، فقد أسند التعيين للمحل لا للمتعاقدين، ويحصل التعيين ولو من العرف، وظروف التعاقد، أي المهم هو حصول تعيين المحل في نفسه بصرف النظر عن الأطراف.

-2 تحقيق هذا القول لمقاصد وحِكَم النهي عن بيع المجهول، الذي اشترط التعيين لانتفائه، فتحديد المحل في ذاته، وعلم أحد الأطرف به يمنع من المنازعة، ويخلص العقد من المقامرة، والرهان، ويحدد ما يتعلق به الالتزام، وجهل المشتري يعالج بما قرره المشرع من حق الإبطال لمصلحة المشتري، ولهذا جعل علم المشتري المفترض مسقط لحق الإبطال، وما ذكرته من مبررات لهذا الرأي في الفقه الإسلامي يعد دافعا للمشرع لهذا المسلك؛ مؤيدا لترجيح إرادة هذا المعنى للعلم الكافي.

-3 يتضمن هذا الرأي توجيه التناقض الظاهري بين نص المادة 133 ق.م.ل. والمادة 408 ق.م.ل.، حيث أن الحالة التي عالجتها المادة الأولى غير الحالة التي عالجتها المادة الثانية، ولهذا فرق بينهما المشرع في الحكم، حيث قضى ببطلان العقد في حالة عدم التعيين، والقابلية للإبطال في حالة عدم العلم الكافي.

إن التوجيه السابق لنص المادة 408 ق.م.ل. يرفع التناقض بين نصوص القانون، كما أنه يدل على تأثر المشرع بالفقه الإسلامي، بل إن الفقه الإسلامي يصلح أن يكون القاعدة الفقهية للقانون أكثر من صلاحية الفقه القانوني، فالحِكَم والمقاصد تتحقق بالاعتماد على الفقه الإسلامي في تفسير نصوص القانون، وبهذا يزال التعارض الظاهري بين النصوص.

(1) انظر في هذا الرأي مثلا: البحر الرائق لابن نجيم 296/5. مواهب الجليل للحطاب 274/4. حواشي الشرواني للشرواني وغيره 250/4. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 21/4. حاشية الدسوقي للدسوقي 15/2. انظر التفاصيل ص 155وما بعدها من البحث.

يوضح العرض السابق موافقة القانون المدني الليبي للفقه الإسلامي في القول ببطلان العقد على المجهول من حيث المبدأ، إلا أن القانون ناقض هذا المبدأ في بعض الجزئيات، ومنها على سبيل المثال، اختلاف الجودة، والرداءة، سواء كان هذا الاختلاف راجعا للنوع، أو لوصف معتبر، وكذلك عدم الاتفاق على الأجرة، والمدة في عقد الإيجار، وقد خالف القانون الفقه الإسلامي في هذا، وناقض المبدأ الذي قرره في القواعد العامة، كما ناقض المصالح، والمقاصد والحِكَم التي أراد تحقيقها من خلال القول ببطلان العقد على المجهول لعدم التعيين، والبطلان الذي قرره المشرع جزاء للجهل هو البطلان المطلق[1]، وهو يقابل البطلان في الفقه الإسلامي، فالعقد في حالة البطلان المطلق في القانون وفي حالة البطلان في الفقه الإسلامي لا يصلح لترتيب أي أثر، فهو كالعدم، كما أن البطلان لا تلحقه الإجازة، ويتمسك به الجميع،والقاضي يحكم به من تلقاء نفسه، أما ما يتعلق بالعلم الكافي الذي اعتبره القانون شرط صحة، ورتب علي تخلفه القابلية للبطلان، فالراجح أنه يختلف عن التعيين، وأراد به المشرع اتصال التعيين بعلم المشتري، لا تحقق التعيين في ذاته، خلافا لما ذهب إليه فقهاء القانون من القول بأن العلم الكافي يراد به العلم بالمحل، ولكن مرحلة أبعد من التعيين، وقد تناقضت عباراتهم بسبب هذا التفسير الذي يشوبه القصور.

وبهذا العرض نكون قد انتهيت من المقارنة بين الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي فيما يتعلق بالنهي عن الجهل بالمعقود عليه، وبطلانه.

---

(1) إن تقسيم القانون للبطلان إلى مطلق ونسبي، لا يعني أنه وافق الأحناف في التفرقة بين الفساد والبطلان، فالفساد في الفقه الحنفي يختلف عن البطلان النسبي في القانون، فالعقد الفاسد في الفقه الحنفي له حكم العقد الباطل قبل القبض، وهو باطل في مواجهة الكافة، وغير مقرر لمصلحة طرف دون طرف، أما العقد الباطل بطلانا نسبيا، فهو عقد صحيح، وقابل لإنتاج آثاره قبل القبض، وبعده، وبطلانه موقوف على تمسك طرف واحد به، فهو مقرر لمصلحة طرف من أطراف العقد، فهو أقرب إلى العقد الموقوف في الفقه الإسلامي.

الباب الخامس

إشكالية عقود استكشاف
واستخراج النفط الليبية

يحتوي هذا الباب على:

- **الفصل الأول: إشكالية عقود الاستكشاف وتوجيهها.**
- **الفصل الثاني: إشكالية عقود استخراج النفط ودراستها وتوجيهها**

الفصل الأول

إشكالية عقود الاستكشاف، وتوجيهها

إن استكشاف النفط يتضمن أكثر من عقد، كما أن أحكامه متناثرة، فقد تضمن بعضها ترخيص الاستطلاع الابتدائي، وأشتمل عقد الامتياز على مجملها، ويدل قانون النفط، ونموذج العقد الملحق به على أن استكشاف النفط يتضمن أكثر من عقد، وتختلف طبيعة كل عقد عن الأخر، وقد أكدت هذا مذكرة الإدارة القانونية بالمؤسسة، وقد استخدم القانون لفظ عقود الامتياز، وهذا يقتضي تكييف عقود الاستكشاف قبل بيان الإشكالية التي تثيرها، وذلك لعدم معرفة هذا التصنيف في الفقه الإسلامي، فلا بد من معرفة الوصف الشرعي لعقود استكشاف النفط، لبيان مدى موافقتها لأحكام الفقه الإسلامي، فيما يتعلق بمسألة الجهل بالمحل، وبهذا البيان أوضح ما تثيره هذه العقود من إشكالية، ومعرفة الوصف الشرعي لعقود النفط، وما يترتب عليه من بيان لإشكالية عقود الاستكشاف هي موضوع المبحث الأول من هذا الفصل، أما المبحث الثاني، فأخصصه لمعالجة إشكالية عقود الاستكشاف، ومحاولة توجيهها إن أمكن، وإلا اقترح تصويب العقود بما يتفق وأحكام الفقه الإسلامي، مع مراعاة الطبيعة الخاصة لعقود الاستكشاف.

المبحث الأول

إشكالية عقود الاستكشاف

إن الذي يحكم عقود النفط الليبية هو قانون البترول رقم 25 لسنة 1955م، وتعديلاته، ولوائحه التنظيمية، ونماذج العقود الملحقة بالقانون، إضافة إلى الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الشركة المستكشفة للنفط، والمؤسسة الوطنية للنفط، والتي تعد ممثلة للدولة الليبية، كما أن القانون المدني الليبي يعد القاعدة العامة التي يرجع إليها عند عدم وجود النص في التشريعات الخاصة بالعقود النفطية.

إن عقود الاستكشاف تدخل ضمن عقود الامتياز، أو عقود استكشاف ومقاسمة الإنتاج، فعقود الامتياز تشمل عقود البحث عن النفط، والتنقيب عنه، واستخراجه[1]، فقد نص قانون البترول على شمول عقود الامتياز لأعمال البحث والتنقيب، وهذه أعمال الاستكشاف؛ فعقود الامتياز، و عقود استكشاف ومقاسمة الإنتاج لم تعرف في الفقه الإسلامي تحت هذا التصنيف، فهي من المستجدات، لارتباطها بالنفط الذي دخل في وقت متأخر عالم اقتصاد الدول، وحداثة الاسم لا تعني أنه لا حكم له في الفقه الإسلامي، وعليه كان لزاما التعرف على الوصف الشرعي لعقود الاستكشاف قبل بيان ما تثيره من إشكالية بشأن الجهل بالمعقود عليه، فالجهل بالمعقود عليه لم ينه عنه لذاته، ولهذا اختلف من عقد لأخر.

عقود الاستكشاف بين الإجارة، والجعالة.

إن البيوع تشمل جميع المعاوضات، كالبيع، والسلم، والصرف، والإجارة، والجعالة، والمزارعة.. الخ، وكما أشرت في المقدمة، وعقود الاستكشاف تدور بين الإجارة، والجعالة،

(1) تنص المادة 23 من قانون البترول رقم 25 لسنة 1955م على: (عقد الامتياز يقصد به عقد امتياز البحث عن النفط، والتنقيب عنه، واستخراجه، و الصادر وفقا لأحكام هذا القانون.) انظر: التشريعات النفطية الليبية -المرتضي – الدكتور عبدالرزاق المرتضي (طرابلس ليبيا- المنشأة العامة للنشر والتوزيع - ط الثانية – سنة 1982م)، ص 251.

فأحد طرفي المعقود عليه في هذه العقود منفعة، وبهذا يخرج البيع، والصرف، والسلم، كما نستبعد المزارعة، والمساقاة، والمغارسة لأن المحل فيها الشجر، أو الأرض، ولا تعد هذه العقود من المضاربة، لأن المضاربة تقوم على استغلال رأس المال وإنمائه بأعمال التجارة، فلم يبق إلا الإجارة، والجعالة[1].

لبيان الوصف الشرعي لعقود الاستكشاف نفرق بين أمرين، التزام الشركة المتعاقدة بدفع أجرة للدولة الليبية عن مساحة الأرض، وقيام الشركة بالبحث، والتنقيب عن النفط مقابل استرداد نفقات، ومصاريف الاستكشاف بعد استخراج النفط.

إن الوصف الشرعي للالتزام بدفع رسوم، وإيجارات لاستغلال الأرض أقرب للإجارة منه للجعالة، وذلك لعدة أمور أهمها:

1- أن المشرع استخدم لفظ الإيجار، إذ عنون المادة الثالثة عشرة بعنوان، (الرسوم والإيجارات والإتاوات)، كما أنه استخدم لفظ الإيجار في الفقرة ب من المادة المذكورة، وذلك عند عرضه لواجبات صاحب العقد، ويراد به الشركة المستكشفة، فنصت المادة 13 الفقرة 1/ بمن قانون البترول على: (أ- يجب على صاحب العقد بالنسبة إلى كل عقد صادر وفقا لأحكام هذا القانون أن يدفع الرسوم، والإيجارات، والإتاوات التالية: ب- إيجارا سنويا عن كل مائة كيلو متر مربع من المنطقة التي يشملها العقد). [2]، [3].

2- إن الرسوم تدفع عند توقيع العقد، وهذا يدل على أنها تستحق بالعقد، وهذا يختص

(1) إن الجعالة من العقود الجائزة، وذلك للتخفيف من أضرار جهالة المعقود عليه، وهي محل خلاف بين الفقهاء من حيث الإطلاق، و الراجح جوازها، كما سبق وأن أوضحت، وجواز الجعالة قبل البدء في العمل محل اتفاق عند كل من أجازها، انظر مثلا:، البيان للعمراني 411/7. المبدع في شرح المقنع لابن مفلح 268/5 -269. مواهب الجليل للحطاب 252/5 - 255. الرندة الفقهية في شرح الروضة البهية- العاملي - السيد محمد حسن ترحيني العاملي - (بيروت - دار الهادي ط الأولى سنة 1995م)ل571/5.

(2) التشريعات النفطية للمرتضي ص 238.

(3) إن ألفاظ القانون ظاهرة الدلالة على وجوب دفع الرسوم والإيجارات، وعدم ارتباطها باكتشاف النفط، ولا بتمام العمل، وهذا ما أكدته بنود العقد النموذجي، و مذكرة الإدارة القانونية. انظر: المرجع السابق ص 258.. مذكرة المؤسسة الوطنية للنفط - إعداد الإدارة القانونية بالمؤسسة الوطنية للنفط بليبيا - الفقرة الثانية.

بالإجارة لا الجعالة، فالجعالة لا يستحق الجعل إلا بتمام العمل باتفاق الفقهاء الذين أجازوا الجعالة[1].

-3 إن هذه الرسوم والإيجارات لا ترتبط بوجود النفط من عدمه، فهي تدفع مقابل استغلال الأرض، وجد النفط أم لا، فهي تدفع عند منح العقد، ولا تسترد وجد النفط، أم لا.

إن عقود الاستكشاف فيما يتعلق بدفع الرسوم، والإيجارات هو عقد إجارة، لذا سندرس إشكاليات هذه العقود في إطار عقد الإجارة عند الفقهاء.

إشكاليات إيجار الأرض للاستكشاف:

إن من شروط الإجارة العلم بالمعقود عليه، والمعقود عليه في الإجارة هو الأجرة، والمنفعة المقابلة لها، ويتحقق العلم بمعرفة العناصر الأساسية، والأوصاف المعتبرة للأجرة والمنفعة، إلا أن تحقق العلم بالمعقود عليه في الإجارة له خصوصياته، تختلف عنها في البيع، وسنطبق معنى العلم على عقود الاستكشاف بخصوصياته.

الأجرة في عقود الاستكشاف.

إن الأجرة هي الرسوم والإيجارات التي تدفعها الشركة للدولة الليبية، وقد تضمن القانون مبدأ تحديدها[2]، ونظرا لأن القانون يتصف بالثبات النسبي، ولا يمكن تغييره كلما تغيرت قيمة النقود، أو ظروف الحياة الاقتصادية، فإن تحديد القانون لا يعني ثبوت القيمة المذكورة بالنص، وما ذكر من قيمة للعملة ما هو إلا إقرار القانون لمبدأ التحديد، فالعقود المبرمة تتضمن التغيير كلما اقتضى الأمر ذلك، وتحديد قيمة الأجرة بالنقد كاف في انتفاء

(1) انظر مثلا: البيان للعمراني 410/7. البحر الزخار للمرتضي 63/5. المبدع لابن مفلح 269/5. مواهب الجليل للحطاب 454/5 - 455.

(2) لقد حددت المادة الثالثة عشرة من قانون البترول قيمة الرسوم، والإيجارات للأرض المستغلة، كما تناول العقد النوذجي تحديد الرسوم، والإيجارات في البند السادس، وأشارت المذكرة إلى هذا المبدأ في فقرتها الرابعة، انظر التشريعات النفطية للمرتضي ص 238، 258 -259.

الجهل، إلا إذا ارتبطت الأجرة بأمر مجهول يجعلها في حكم المعدوم، فتأخذ حكمه، وهو يدخل ضمن الجهل، ولأن الأجرة غير مرتبطة باكتشاف النفط، وإنما هي مقابل استغلال مساحة محددة من الأرض، فلا يكتنفها الجهل.

المنفعة في عقود الاستكشاف.

أطلق الفقهاء المنفعة على العوض المقابل للأجرة، وهي قد تكون عمل موصوف في الذمة، وقد تكون منفعة عين محددة، بالعمل أو الزمن، أو هما حسب طبيعة العقد، فالمنفعة في حفر الآبار، هي أعمال الحفر، وما تستلزمه وفقا للأوصاف، والمعايير المتفق عليها، والتي يحددها الاتفاق، والمنفعة في إيجار العقارات هي المراد من الإيجار، السكن، أو التخزين، أو الاستعمال التجاري، ولابد من تحديد مدة المنفعة، وكل العناصر، والأوصاف المؤثرة في الرضى وتمام الاتفاق، وارتباط الأجرة بتمام العمل في بعض الحالات يفرضه طبيعة العمل، وذلك في حالة كون العمل كلٌ لا يتجزأ، ولا يقع الاتفاق إلا عليه مكتملا، كما في حفر الآبار، وهذه مسألة متعلقة بالاستيفاء، حيث أن الأجرة لا تستحق إلا باستيفاء المنفعة، فإذا كانت المنفعة تتجزأ، يستحق من الأجرة بقدر ما تم استيفاءه من المنفعة، أما إذا كانت لا تتجزأ، فلا يستحق شيئا من الأجرة إلا باستيفاء المنفعة، وهو ما يعبر عنه بتمام العمل، واختلاف الفقهاء في استحقاق الأجرة بالعقد لا يكاد يكون حقيقيا، فمن قال باستحقاقها بالعقد، قال بعدم تسليم الأجرة إلا باستيفاء المنفعة، ولعل هذا يرجع لاختلاف معنى الاستيفاء، فمن قال أنها تستحق بالعقد أراد اللزوم، ومن قال أنها تستحق بالاستيفاء أراد الملك[1].

إن تحديد المنفعة في إيجار الأرض ليس بالسهولة بمكان، وذلك للطبيعة الخاصة لعقود الاستكشاف، ولهذا اقتضى الأمر تحديد المنفعة قبل مناقشة تحقق العلم بها من عدمه.

(1) المحلى لابن حزم 8 / 182 وما بعدها. البيان للعمراني 296/7، 302 -303. المغني لابن قدامة 434/5، 441 - 443. تبيين الحقائق للزيلعي 106/5. البحر الزخار للمرتضي 31/5، 56. شرح فتح القدير لابن الهمام 63/9 - 67. شرح المبدع لابن مفلح 87/5، 115 - 116. مواهب الجليل للحطاب 392/5 وما بعدها. حاشية العدوي على الرسالة للعدوي 174/2. الإيضاح للشماخي 229/6، 249. حاشية ابن عابدين لابن عابدين 3/5.

إن المنفعة في إيجار الأرض للاستكشاف هي الأرض، والعقد لا يرد على المراد منها، لأنه لا يخضع لإرادة الطرفين، فالنفط قد يوجد، وقد لا يوجد، فالنفط هنا ثمرة العقد، وإن كان يمثل وجه الانتفاع المرغوب فيه، فهو كالزرع في كراء الأرض للزراعة، ولكن هل يملك المستأجر النفط كالزرع، أم أن هناك وجها أخر للانتفاع ؟.

إن الانتفاع بالأرض لا يخرج عن أحد احتمالين هما:

الاحتمال الأول:

أن تكون المنفعة هي ملكية النفط بباطن الأرض، وهذا الذي يقتضيه عقد الإجارة بحسب الأصل، فإجارة العين يترتب عليه ملكية المستأجر لمنفعتها المقصودة منها عادة، وهذا يشبه استئجار الأرض للزراعة، والمستأجر يملك الزرع الخارج منها، لأن كلاهما استئجارا للأرض، فهل يملك المستأجر في عقود الاستكشاف النفط باعتباره منفعة العين.

إن الأمر في عقود الاستكشاف يختلف، فالزرع غير موجود في الأرض، وخروجه ثمرة عمل العامل، والأرض، فصاحب الأرض أخذ ما تمثله الأرض في هذه العملية في شكل أجرة، قدر هذه الأجرة وفقا لظروف، وشروط العقد، أما النفط فهو موجود في الأرض، ويقتصر دور المستأجر على كشفه.

إن اعتبار امتلاك النفط منفعة إيجار الأرض مردود، ولا يمكن تطبيق أحكام إيجار الأرض للزراعة عليه، لاختلاف طبيعة العقدين، كما أن قانون البترول نص على أن النفط ملك للدولة الليبية، ولا يمتلكه صاحب العقد بمجرد اكتشافه، وهذا ما أكدته مذكرة المؤسسة[1].

الاحتمال الثاني:

اعتبار المنفعة هي أحقية المستأجر في استخراج النفط، أي أن المستكشف يملك حق

---

(1) إن نصوص القانون، وعقود الامتياز تدل على أن النفط ملك للدولة، وإلا لما كان لها الصفة في إبرام عقود الاستخراج، وقد أكدت هذا مذكرة المؤسسة، فقد نصت المادة الأولى من قانون البترول رقم 25 لسنة 1955 م على: (1- يعتبر ملكا للدولة الليبية النفط الموجود في ليبيا بحالته الطبيعية في طبقات الأرض.).

انظر التشريعات النفطية للمرتضي ص 227، ومذكرة المؤسسة.

استخراج النفط بالنسبة للمساحات التي دفع أجرتها، وقد ضمن القانون، والعقود المبرمة هذا الحق للمستكشف، ويمكن استنتاج ضمان هذا الحق من إلزامية عقود الاستكشاف في حق الدولة الليبية، كما يدل على هذا ارتباط عقود الاستخراج بعقود الاستكشاف، وجمعها تحت عقود الامتياز(1).

إن السؤال الذي يطرح هنا، هو هل هذا الحق يصلح أن يكون محلا للعقد ؟.

لا نطمع أن نجد حكم هذه الحقوق بالنص عند فقهاء المدارس الإسلامية في العصور الأولى، وذلك لأن هذه العقود من مستجدات التعامل التجاري في عصر النهضة الصناعية، كما أننا لم نجد من تعرض لهذا الحق بالنص من مجتهدي العصر، إلا أنهم قد ناقشوا بعض الحقوق غير المادية، والتي ليس لها قيمة ملموسة، وتشابه هذه الحقوق إلى حد كبير، من هذه الحقوق الاسم التجاري، وبدل الخلو،وقد اتفقت أكثر الآراء على جواز بيع بدل الخلو، وأن هذا الحق متمول(2)، وركزت على بدل الخلو، لأن الأولوية في استخراج النفط في معنى بدل الخلو، فبدل الخلو عبارة عن الأولوية في إبرام عقد إيجار المحل، وهذا عبارة عن الأولوية في إبرام عقد الاستخراج، فكما أن الأولوية في إبرام عقد إيجار المحلات التجارية، والسكنية حقوق متمولة يجوز بيعها، فكذلك الحق في إبرام عقد استخراج النفط، وقيمة الشيء هي منفعته.

إن المنفعة كأحد طرفي المعقود عليه هي الأرض، أما وجود النفط، والحق في استخراجه فهي ثمرة العقد، وكونها مقصودة حقيقة من التعاقد لا يعني أنها طرف المعقود عليه، والأمثلة

---

(1) لقد نص القانون في باب التعريفات على أن عقد الامتياز يشمل أعمال البحث، والتنقيب، حيث تنص المادة الثالثة والعشرين على: (عقد الامتياز يقصد به امتياز البحث عن النفط، والتنقيب عنه، واستخراجه الصادر وفقا لأحكام هذا القانون.)، كما شمل عقد الامتياز النموذجي في البند الرابع التزامات المستكشف، ونظم أكثر أحكام الاستكشاف. انظر التشريعات النفطية للمرتضي ص 257،251 وما بعدها.

(2) انظر في بدل الخلو مثلا: – بدل الخلو- الزحيلي – الدكتور وهبة الزحيلي -مجلة مجمع الفقه الاسلامي – الدورة الرابعة العدد الرابع – الجزء الثالث – سنة 1988 م ص 2177 وما بعدها. بدل الخلو- الأشقر – الدكتور محمد سليمان الأشقر -المرجع السابق ص2195 وما بعدها. حكم الشريعة الاسلامية في بدل الخلو- الدبو – إبراهيم فاضل الدبو –المرجع السابق ص 2216 وما بعدها. بدل الخلو وتصحيحه-تسخيري – فضيلة الشيخ محمد علي تسخيري -المرجع السابق ص 2275، 2276 – 2278.

المشابهة لها في الفقه الإسلامي كثيرة، منها إجارة الأرض للزرع، والإجارة على خدمة الشجر، فالمنفعة الحقيقية هي الزرع في الأولى، والتمر في الثانية، إلا أن طرف المعقود عليه في الإجارة، هو الأرض في الأولى، والشجر في الثانية، وقد فصلت القول في هذه المسألة فيما سبق.

إن المنفعة في إيجار الأرض للاستكشاف هي الأرض، وثمرته الحق في استخراج النفط إن تحقق، وتعرض تحقق ثمرة العمل للانعدام لا يخل بشرط المنفعة كأحد طرفي المعقود عليه، لأن المعقود عليه هو العمل، وهو يمثل المنفعة كمعقود علية في العقد، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء في المسائل المماثلة[1].

إن المنفعة في إيجار الأرض للاستكشاف هي الأرض، وقد حدد القانون الأرض بالكيلو متر، فلكل رسم، وإيجار مساحة محددة، كما حدد القانون المدة الزمنية لهذا الاستغلال، وتحديد المنفعة بالعمل، والزمن هنا لا يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي، وذلك لأن طبيعة العقد تقتضي التحديد، كما أن هذا التحديد لا يؤدي إلى إشكال، والمدة التي حددها القانون، ونصت عليها العقود تكفي لتمام العمل، والراجح في الفقه الإسلامي جواز تحديد المنفعة بالمدة، والعمل، واشترط بعض الفقهاء عدم تأدية هذا التحديد لنزاع، وأن يكون الزمن يكفي للعمل، وأن تقتضي طبيعة العقد هذا التحديد[2].

إن الجانب المتعلق بإيجار الأرض في عقود الاستكشاف لا يخالف أحكام الفقه الإسلامي،

(1) لقد اتفق الفقهاء على جواز الإجارة على العمل، ولو كانت منفعته الحقيقية والمرغوب فيها مجهولة، من ذلك حفر الأبار، والإجارة على بيع الثياب، فالعلم يتحقق بمعرفة طول البئر، وعرضه، ونوع الأرض، و أما خروج الماء فهو مجهول، ولا ينصرف إليه شرط العلم، وكذلك إجارة الإنسان مدة معينة لبيع الثياب، فالعلم ينصرف إلى المدة، ووصف عمل البيع، أما تحقق البيع فهو مجهول، ولا ينصرف إليه شرط العلم. انظر مثلا: المحلى لابن حزم 186/8. البيان للعمراني 7/ 316، 320 - 321. بدائع الصنائع للكاساني 184/4، 189. المغني لابن قدامة 461/5، 466. البحر الزخار للمرتضي 54/5. حاشية الدسوقي للدسوقي 4/4، 17، 60 - 61.

(2) لقد ذهب أكثر الفقهاء إلى إجازة تحديد المنفعة بالمدة، والزمن بالشروط السابقة، إلا أن بعض الفقهاء أجازها ولو لم تتحقق كل الشروط السابقة، واكتفى بإلغاء الزمن واعتباره كالشرط الفاسد، وما يهمنا في النقطة محل البحث هو اتفاق أكثر الفقهاء على إجازة تحديد المنفعة بالعمل، والمدة بالشروط السابقة، لأن الشروط السابقة متحققة في عقود إيجار الأرض للاستكشاف، انظر مثلا: المحلى لابن حزم 183/8. البيان للعمراني 302/7 - 303. المغني لابن قدامة 438/5. البحر الزخار للمرتضي 31/5. شرح فتح القدير لابن الهمام 9/ 63 وما بعدها. مواهب الجليل للحطاب 410/5. الإيضاح للشماخي 229/6.

فيما يتعلق بالجهل بالمحل، وذلك بالشروط الحالية، والتي نص عليها قانون البترول، وتضمنتها بنود العقود المبرمة، فالأجرة محددة بالقيمة، والنقود تحدد بالقيمة، والعملة التي حددت على أساسها هي العملة الليبية، وهذا يزيل أي جهل بشأنها، أما المنفعة، فقد تحددت بالمدة، ومساحة الأرض، والعمل المراد، وهو استكشاف النفط، وأما الجهل بالنفط فلا يخل بشرط العلم، لأن تحقق وجود النفط هو ثمرة العمل هنا، وليس المنفعة التي وقع عليها العقد.

أعمال البحث والتنقيب.

إن طرفي العلاقة هما، الشركة المستكشفة، محلية كانت أو أجنبية، والمؤسسة الوطنية للنفط، والأخيرة بمثابة الوكيل عن الدولة الليبية، أما طرفي المعقود عليه فهما، أعمال البحث والتنقيب، وقيمة هذه الأعمال، وقد تضمن القانون، ونصوص العقود ما يجب على المستكشف القيام به، فشملت كل ما هو ضروري للبحث عن النفط إلى أن يتحقق من وجوده، أو من عدم وجوده، وشملت واجبات المستكشف أعمال الإدارة، والتشغيل، وتوفير المعدات اللازمة لإتمام عملية البحث، فالظاهر أن المعقود عليه هنا هو عمل موصوف في الذمة، تتبعه آلية تحققه، وثمرة العمل، أما الأجرة فهي عبارة عن نفقات أعمال البحث، والتنقيب، والاسترداد لا يتم إلا بعد بدء الفترة الإنتاجية، وقبل بيان تحقق العلم بالمنفعة والأجرة، أو اتصافهما بالجهل، نبين وصف العقد.

لقد أوضحت في الباب الثالث من هذا البحث أن الجعالة تتداخل مع الإجارة على العمل الموصوف في الذمة، ولهذا وقع اشتباه عقود الاستكشاف بعقدي الجعالة، والإجارة، لأن عقود الاستكشاف في أصلها عقد على عمل موصوف في الذمة، وبالنظر إلى إلزامية العقد فهو أقرب للإجارة، لأن الجعالة عقد جائز عند من أجازها من الفقهاء من حيث الإطلاق، أما بالنظر إلى ارتباط الأجرة بالعمل، وتحقق ثمرته فهي أقرب للجعالة، فثمرة عقود الاستكشاف مجهولة أثناء العقد، وهي وجود النفط بكميات تجارية، واشتباه عقود الاستكشاف بعقدي الجعالة، والإجارة يجعلني أرجح تطبيق أحكام الإجارة على عقود الاستكشاف، واعتبار العقد إجارة، وذلك لأن الإجارة هي الأصل في بيع المنافع، والجعالة من باب بيع المنافع، كما أن الإجارة متفق على جوازها من حيث الإطلاق، إضافة إلى قلة الفروق العملية من حيث التطبيق، خاصة في إطار إلزامية العقود التي تفرضها طبيعة عقود استكشاف النفط؛

فأهم الفروق بين الإجارة والجعالة عدم استحقاق العامل شيئا إلا بتما العمل في الجعالة، واستحقاق العامل بقدر ما تم من العمل في الإجارة، إلا أن الفقهاء خرجوا عن هذا الأصل في العمل الموصوف في الذمة، والذي لا يتجزأ، وعقود الاستكشاف من بابه، كما أن الفقهاء الذين أجازوا الجعالة قالوا باستحقاق العامل مقابل ما تم من العمل في الجعالة إذا استفاد رب العمل من عمل العامل، وهذا ضيق من الفروق بين الجعالة، والإجارة في الجانب التطبيقي، وفيما يخص عقود الاستكشاف[1].

إذا كان العقد من وجه هو أقرب للإجارة، ومن وجه أخر هو أقرب للجعالة، والفروق بين الجعالة والإجارة تكاد تنحصر في إلزامية العقد، فأرجح دراسة عقود الاستكشاف على اعتبار أنها إجارة، لأن الإجارة متفق على جوازها، بخلاف الجعالة، والإجارة أصل لبيع المنافع.

المنفعة والإشكالية التي تثيرها.

إن المنفعة التي وقع عليها عقد الاستكشاف، هي اكتشاف وجود النفط، وعلى المستكشف القيام بكل ما من شأنه تحقيق هذه المنفعة، وجميع الأعمال التي نص عليها قانون النفط، والعقود في إطار تحقيق هذه المنفعة، واختلف وصف القانون للأعمال الواجبة على المستكشف، فأحيانا يصف الأعمال، وأحيانا يذكر أسس تحديدها، أي يذكر معايير العمل الواجب، والمهم أن كل ما يذكر يدور في إطار تحقيق المنفعة المقصودة بالعقد، وهي اكتشاف وجود النفط، فمثلا تنص المادة الثالثة عشرة من قانون البترول على: (-1 يجب على صاحب عقد الامتياز الممنوح بمقتضى هذا القانون أن يبدأ خلال ثمانية أشهر من تاريخ منح الامتياز، أعمال الاستطلاع عن النفط في منطقة العقد، عليه أن يواصل بنشاط جميع الأعمال المترتبة على العقد وفقا لأصول الصناعة، و متبعا في ذلك الطرق العلمية)[2].

(1) لقد أوضحت الفرق بين الإجارة، والجعالة فيما سبق، وأوضحت أن الإجارة أصل بيع المنافع، والراجح أن الجعالة أصل كالمضاربة، والمساقاة، والمنفعة عبارة عن عمل موصوف في الذمة، أمااكتشاف النفط فهو ثمرة العمل، كما هو الحال في الزرع في المزارعة، والربح في المضاربة، راجع ص116-120، 137 وما بعدها من هذا البحث.

(2) التشريعات النفطية للمرتضي ص 235 – 237.

إن أعمال الاستكشاف لم تحدد عناصرها، ولا أوصافها، وإنما تضمن القانون عناصر تحديدها، حيث أحال الأمر على عرف المهنة، وعادة الأعراف التجارية في هذه الأعمال تكون معلومة لأهل المهنة، أما الفقرة الثانية من ترخيص الاستطلاع الابتدائي، فقد اتخذت مسلكا آخر، حيث حددت عناصر، وأوصاف أعمال الاستطلاع، إذ تنص الفقرة الثانية من هذا الترخيص على: (-2 يشمل الاستطلاع الابتدائي عن النفط الاستطلاع الجيولوجي السطحي، وأعمال المساحة من الجو، والأعمال الجيوفيزيقية السطحية المستعملة عادة في صناعة النفط)[1].

وقد بينت مذكرة المؤسسة أن الشركة المستكشفة تقوم بجميع أعمال البحث، والتنقيب و تمويل كل ما هو ضروري لإتمام عملية الكشف عن النفط، ولا يقع على المؤسسة أي أعباء حتى تحقق الغرض المقصود، وهو وجود النفط[2].

إن المنفعة في عقود الاستكشاف مكونة من العمل الواجب في ذمة المستكشف، وهو معلوم، ومحدد العناصر، والأوصاف حقيقة، أو حكما، وإضافة إلى العمل الموصوف شملت نتيجة العمل، أي ثمرة العمل، وهو تحقق وجود النفط، والأجير غير قادر على استيفاء هذه المنفعة، لأن المنطقة التي وقع عليها العقد قد يوجد بها نفط، وقد لا يوجد.

إن المنفعة في عقود الامتياز هي العمل، والنتيجة، فالقانون وصف الأعمال الواجبة بموجب عقد الاستكشاف، واشترط تحقق النتيجة، وهي وجود النفط، وهذه المنفعة مجهولة وقت العقد، وهي لا تدخل ضمن الحالات التي استثناها الفقهاء من الجهل بالمنفعة، ونوضح جهالة المنفعة وفقا لأراء الفقه الإسلامي.

إن الإجارة إما أن تقع على الأعيان أو الأعمال، والأعمال إما أن تكون معينة أو موصوفة في الذمة، فهذه أقسام المنفعة عند الفقهاء، وهي محل اتفاق، وإن اختلفت طريقة التعبير عنها، فإجارة العين يتحقق شرط العلم بها بتحديد العين، ومدة الانتفاع بها، ونوع المنفعة إذا تعددت منافع العين، أما إذا وقع العقد على عمل العين فيوصف العمل، وتحدد عناصره، أما الإجارة على الأعمال فقد تكون معينة، أو موصوفة في الذمة، وفي الحالتين تحدد عناصر

(1) المرجع السابق ص 254.

(2) مذكرة المؤسسة الفقرة الأولى.

العمل، وأوصافه المعتبرة، وقد اتفقت كلمة الفقهاء على هذا من حيث المبدأ، أما العقد على نتيجة العمل وثمرته فالراجح عدم جوازه، ولا ينظر للعمل هنا[1].

إن الراجح في الفقه الإسلامي عدم جواز العقد على نتيجة العمل وثمرته إجارة، وذلك للجهل بالمحل، فتحقق نتيجة العمل مجهولة، ولا تخضع لإرادة المتعاقد، وعلى هذا الأساس منع أكثر الفقهاء كون إخراج الماء منفعة مقصودة في حفر الآبار، فقد ذهب الأحناف، والشافعية، والظاهرية إلى عدم جواز العقد على خروج الماء، وترددت عبارات الفقه المالكي، فبعض النصوص تجيز الإجارة على إخراج الماء، وبعضها تجير الإجارة على العمل، أي تحديد العمق، والطول، والعرض، ولا يشترط خروج الماء من عدمه إذا تم العمل المحدد، أما بعض العبارات فتجيز الإجارة على إخراج الماء، أي تحقق نتيجة العمل، وأما الحنابلة فهم أكثر الفقهاء توسعا في هذه المسألة، فإن نصوصهم صريحة في الدلالة على صحة الإجارة على إخراج الماء، كما أجازوا المداواة على شرط البرء، وهي أكثر جهالة من حفر الآبار، وذهب الشيعة في غير الراجح عندهم إلى جواز المشارطة على البرء[2].

إن الراجح في الفقه الإسلامي عدم جواز العقد على نتيجة العمل، أو منفعته المقصودة إذا كانت خارج إرادة المتعاقد، واكتفوا بالعلم بالأعمال المؤدية لهذه المنفعة، إلا أن الفقهاء لم يترددوا في الخروج عن هذا الأصل إذا اختل التوازن، واقتضت طبيعة العقد ذلك، فالمعاملات معقولة المعنى، والنهي عن الجهل لم يكن لذاته، بل لمقاصد حددها الفقهاء، ودلت عليها أدلة النهي عن الجهل في البيوع، وقد فصلت القول فيها عند بيان حكم الجهل وأدلته.

---

(1) انظر مثلا: المحلى لابن حزم 183/8. البيان للعمراني 296/7. بدائع الصنائع للكاساني 194/4. المغني لابن قدامة 438/5 وما بعدها. البحر الزخار للمرتضي 31/5. شرح فتح القدير لابن الهمام 65/9. المقنع لابن مفلح 74/5، 87، 99. مواهب الجليل للحطاب 410/5. الإيضاح للشماخي 239/6.

(2) المحلى لابن حزم 196/8. البيان للعمراني 294/7. البيان والتحصيل لابن رشد 8/ 136 – 137. بدائع الصنائع للكاساني 184/4. المغني لابن قدامة 461/5. روضة الطالبين وعمدة المفتين -النووي – يحي بن شرف بن مري بن حسن الحزاني الحوراني – إشراف زهير الشاوش (بيروت – المكتب الإسلامي – ط الثانية 1991م) 212/5. - شرح الزركشي على مختصر الخرقي- الزركشي-شمسالدين محمد بن عبد الـله الزركشي المصري الحنبلي– تح عبد الـله بن عبدالرحمن بن عبد الـله الجبرين (الرياض – مكتبة العبيكان – ط الأولى سنة 1993م) 250/4 – 251. البحر الزخارل للمرتضي 71/5. مواهب الجليل للحطاب 17/4.

أذكر بعض الأمثلة الفقهية، و التي أجاز فيها الفقهاء العقد على ثمرة العمل إجارة خلافا للأصل، فمثلا نقل عن فقها الأحناف في حمل الطعام، وحمل الكتاب قولهم: (لو استأجره لحمل حنطة من مكان، فإن كان الاتفاق على الحمل فلا شيء له إلا بإحضارها، فلو هلكت فلا شيء له، وإن كان الاتفاق على الذهاب، و الحمل فله أجر الذهاب....... لو استأجره لحمل كتاب إلى شخص ورد جوابه في بلد أخر، فوجده ميتا، فأبو حنيفة، وأبو يوسف لاشيء له، ومحمد له أجر الذهاب)[1].

إن العقد وقع على نتيجة العمل، وهو إيصال الطعام في الأولى، ورد الجواب في الثانية، وهذا ما يعرف عند المالكية بالإجارة على البلاغ، فقد أجاز فقهاء المالكية الإجارة على شرط البلاغ، أي شرط وصول البضاعة، ولو كان الوصول غير محدد الوقت، أي يتعلق بعوامل أخرى غير أعمال المستأجر[2]، أي ما عبر عنه الأحناف بعدم الانضباط، أما الشافعية فقد أجازوا الإجارة على نتيجة العمل في أكثر من صورة منها على سبيل المثال، الإجارة على البلاغ، فقد دلت عباراتهم على جواز الحمل على شرط البلاغ، ومنها جواز الإجارة على البيع، وإن منعوه على الشراء، وعللوا التفرقة بين البيع والشراء بسهولة البيع بخلاف الشراء[3].

إن العقد على نتيجة العمل وثمرته يمكن تأصيله، وإن كان على سبيل الاستثناء، إلا أن الإشكالية في عقود النفط هي العقد على العمل وعلى نتيجته، فقد حددت عقود الاستكشاف عناصر الأعمال، وأوصافها، واشترطت العقود تحقق النتيجة، وهي وجود النفط، والعقد إما أن يتم على الأعمال، أو النتيجة.

إن فكرة التخيير بين الأعمال والنتيجة لها معنى، فإذا وقع العقد على العمل، وكان هو المقصود، فالمفترض أن تقدير النتيجة كانت من رب العمل، أي المؤجر، حيث قدر أن هذا العمل يؤدي حسب تقديره للنتيجة، لهذا كان هو المقصود، فإذا اكتنفته مخاطر كان أولى

---

(1) البناية للعيني 10/ 245 - 246.

(2) مواهب الجليل للحطاب 453. حاشية الدسوقي للدسوقي 17/4.

(3) البيان للعمراني 294/7. روضة الطالبين للنووي 5/ 212، 257.

بتحملها، ولهذا سيبذل جهده في اختيار العمل الذي يقلل من مخاطر الجهل، أما الحالة الثانية فإن تقدير تحقق النتيجة من العامل، فكان أولى بتحمل مخاطرها، ولهذا سيبذل جهده في التقليل من مخاطر الجهل، وذلك باختيار أنسب الأعمال لتحقيق النتيجة،أما الجمع بينهما فإنه يفضي لجهالة لا يمكن تحديد من هو أولى بتحمل مخاطرها، ومن ثم يعمل على التخفيف منها، سواء من خلال تحديد العمل واختياره، أو من خلال بذل الجهد في تحقيق النتيجة.

إن المنفعة في عقود الاستكشاف مجهولة، وهذه الجهالة غير معفو عنها في الإجارة، فإشكالية العقد جاءت من الجمع بين العمل والنتيجة، واعتبارهما المنفعة المقصودة، فهل طبيعة عقود الاستكشاف تقتضي هذا المخالفة، وهل تتحقق معاني جواز العقد على نتيجة العقد في عقود الاستكشاف بصورتها الحالية، أم أنه لابد من تغيير العقود، هذا ما سأوضحه في المبحث الثاني من هذا المبحث، المهم الآن تحديد الإشكالية التي تثيرها عقود الاستكشاف.

الإشكالية التي تثيرها الأجرة.

إن الأجرة في عقود الاستكشاف هي ما ينفقه المستكشف على أعمال الاستكشاف، وقد نص القانون على حق المستكشف في استرداد هذه النفقات، وضمنت بنود العقد النموذجي هذا الحق، وبينت مذكرة المؤسسة أن هذا ما يجري عليه العمل الآن، ويتم تحديد قيمة هذه المصروفات بعد انتهاء عملية الاستكشاف، ويتم تحديد هذه القيمة وفقا لفواتير، وأسس متعارف عليها في عرف أهل المهنة[1].

(1) تنص المادة الرابعة عشرة الفقرة الرابعة من قانون النفط على:(يجوز لصاحب عقد الامتياز استنزال ما تكبده بعد بدء الفترة الإنتاجية فقط من مصاريف الاستطلاع، والبحث، ونفقات التنقيب الهالكة حسب التعريف الوارد في اللوائح..... وكذلك نفقات التنقيب الخاصة بالآبار غير المنتجة للنفط بكميات تجارية، وذلك في السنة التي أنفقت خلالها تلك المصروفات.)، وهذا ما قرره البند الثامن من العقد النموذجي، كما نصت الفقرة الأولى من مذكرة المؤسسة على: (وللشركة استنزال مصاريف الاستكشاف في حالة اكتشاف النفط.)، كما تناولت المادة الرابعة عشرة الفقرة الثامنة مسألة تحديد النظام المحاسبي حيث نصت على:(تراعى النظم الحسابية المتبعة في صناعة النفط، وذلك عند حساب الأرباح على النحو المبين في هذا القانون، وفي حالة وجود أكثر من نظام حسابي واحد تقرر وزارة النفط النظام الذي يجب على صاحب العقد تطبيقه.)، وهذا ما قرره البند الثامن الفقرة الثامنة من العقد النموذجي انظر: التشريعان النفطية الليبية للمرتضي ص 242 – 243، 245، 262 – 263، 269. مذكرة المؤسسة الفقرة الأولى.

إن الأجرة هي ما أنفق لإتمام العمل، وليس قيمة العمل، بحيث يقع خلاف في التقييم، فالعلم بالأجرة وإن لم يكن معلوما أثناء العقد، إلا أن العقد اشتمل على أسس العلم به وقت التسليم، وانتفاء الجهل بتضمن العقد ما يتم به تحديد الأجرة وقت التسلم هو الراجح في الفقه الإسلامي، ولا أكون قد بالغت إن قلت محل اتفاق عند الفقهاء، والخلاف في التوسع فيه والتضييق، وليس في تقريره، فمثلا الأحناف تبريرهم للجهل في الإجارة قائم على أن الإجارة تنعقد لحظة فلحظة، وكلما انعقد جزء من المنفعة قابله جزء من الأجرة، خاصة في الأعمال التي لا تتجزأ، ولا يعلم القدر الذي ينعقد من المنفعة أثناء العقد، ويترتب على هذا الجهل بالقدر الذي ينعقد من الأجرة، ويدل على ما سبق إجازتهم للبيع إذا علم التفصيل، وجهلت الجملة، والإجارة نوع من البيوع[1]، أما المالكية فقد توسعوا أكثر من الأحناف، وسار على نهجهم الحنابلة، فمن الأمثلة في الفقه المالكي، والحنبلي حصد الزرع بجزء منه، كنصفه، أو جذ النخل بجزء من ثمرته، والبيع، والشراء بتحديد أجرة كل قطعة، ولو لم يتحدد جملة ما تم عليه العقد، وما في معنى هذه الأمثلة كثير[2]، ولم يخل الفقه الشافعي كغيره من المذاهب من الأمثلة على صحة الإجارة ولو كانت جملة الأجرة مجهولة، فمن الأمثلة التي ذكرها الشافعية، ما لو استأجره على حمل الصبرة كل صاع بكذا، وجملة الصبرة مجهولة[3].

إن الأمثلة السابقة تدل على اتفاق الجمهور على أن الجهل بقيمة الأجرة لا يمنع من الصحة إذا أمكن تحديدها دون نزاع عند التسليم، وهذا لا يكون إلا إذا اشتمل العقد على أسس تحديدها، وعقود الاستكشاف اشتملت على أسس التحديد، فلا يثير عدم ذكر جملة الأجرة، أي إشكالية فيما يتعلق بالجهالة.

إن قدر الأجرة معلوم حكما أثناء العقد، وذلك لتضمن العقود أسس تحديدها دون نزاع، إلا أن الإشكالية التي أثارتها الأجرة هي ارتباطها بمجهول، وهذا يؤدي للجهل بحصولها، أي تعرضها لخطر الانعدام، وتعرض الأجرة لخطر الانعدام ضمن الجهل.

---

(1) انظر مثلا في جواز صحة البيع، وإن جهلت الجملة: بدائع الصنائع للكاساني 5/ 159، وانظرفي انعقاد الإجارة لحظة بلحظة شرح فتح القدير لابن الهمام 60/9.

(2) انظر مثلا، المغني لابن قدامة 510،495/5. مواهب الجليل للحطاب 401/5 - 405. حاشية الدسوقي للدسوقي 4/ 4 - 6.

(3) روضة الطالبين للنووي 278/4.

إشكاليات الأجرة.

لقد ربط القانون واتفاقيات عقود الاستكشاف الأجرة بعدة أمور مجهولة، وهذا يؤدي للجهل بالأجرة، وأهم هذه الأمور هي:

-1 المنفعة.

إن المنفعة التي وقع عليها العقد تشتمل على العمل، ونتيجته، وقد بينت ذلك في الفقرة السابقة، وما يثيره الجهل بالمنفعة من إشكالية ينطبق على الأجرة، فلا حاجة للتكرار، وبتوجيه جهالة المنفعة، أو تعديل العقد بما ينفي الجهالة توجه جهالة الأجرة المترتبة على جهالة المنفعة.

-2 بدء الفترة الإنتاجية.

إن بدء الفترة الإنتاجية مجهول أثناء العقد، فوجود النفط بكميات تجارية مجهول أثناء العقد، ويلاحظ على القانون عدم الدقة في التعبير، وتعارض ظاهره مع ما يجري عليه العمل، ومع ما يفرضه المنطق، وإليك البيان.

تنص المادة الرابعة عشرة الفقرة الثالثة من قانون البترول على: (يجوز لصاحب عقد الامتياز استنزال ما تكبده بعد بدء الفترة الإنتاجية فقط من مصاريف الاستطلاع، والبحث، ونفقات التنقيب الهالكة حسب التعريف الوارد في اللوائح، وذلك بالقدر الذي تكون فيه هذه المصاريف غير مرتبطة بالحصول على الموجودات المادية، أو تركيبها، وكذلك نفقات التنقيب الخاصة بالآبار غير المنتجة للنفط بكميات تجارية، وذلك في السنة التي أنفقت فيها تلك المصروفات)[1].

يلاحظ على النص ما يلي:

أ - ظاهر النص يفيد أن ما يتم صرفه، هو ما أنفق بعد بدء الفترة الإنتاجية فقط، وهذا لا يمكن قبوله، لأن البحث، والتنقيب والاستطلاع يتم قبل الاستكشاف لا بعد استخراجه، ويظهر أن المراد من النص تأجيل الدفع إلى ما بعد بدء الفترة الإنتاجية، أي حق الاسترداد

(1) التشريعات النفطية للمرتضي ص 242 - 243، 236 - 237، 258.

يثبت بمجرد اكتشاف النفط، إلا أن صرفه يؤجل إلى بدء الإنتاج، وهذا ما عليه العمل، وما تنص عليه العقود المبرمة بين ليبيا والشركات النفطية، وفقا لما ذكرته مذكرة المؤسسة[1].

ب- إن النص غير واضح في بيان حكم نفقات الآبار غير المنتجة للنفط بكميات تجارية، وذلك بالنسبة للنفقات التي وقعت خلال سنة الإنتاج، فهل لهذه النفقات حكم المصاريف المرتبطة بالحصول على الموجودات المادية، أو تركيبها، فلا تسترد، أم لها حكم مصاريف الاستكشاف للآبار المنتجة فتسترد، فظاهر النص يدل على إلحاقها بالأولى، لأنها أقرب مذكور، وما عليه العمل يدل على إلحاقها بالثاني، فتسترد، فعدم استردادها تحصيل حاصل، لعدم تحقق المنفعة، فلا حاجة للنص عليها، ولا تخصيصها بالذكر دون بقية نفقات الآبار غير المنتجة.

لتحديد الإشكالية التي يثيرها ربط الأجرة ببدء الفترة الإنتاجية نفرق بين الآبار المنتجة، والآبار غير المنتجة خلال سنة بدء الإنتاج.

-1 الآبار المنتجة.

لقد رجحت القول بشمول النص لجميع نفقات الاستكشاف، إلا أن رد النفقات لا يقتصر على تحقق المنفعة، وهي اكتشاف النفط، بل اشترط القانون استخراج النفط لرد النفقات، لأن بدء الفترة الإنتاجية يكون بعد استخراج النفط، إلا أن القانون لم يحدد ما إذا كان استخراج النفط شرط استحقاق، أم أجلا للدفع، فإذا كان شرط استحقاق فهو جزء من المنفعة التي وقع عليها العقد، وهي مجهولة، وإذا كان جزءا من المنفعة فإثارته لإشكالية جهالة المنفعة أولى من إثارة نتيجة أعمال الاستكشاف، لأن نتيجة عمل الاستكشاف جزء من المعقود عليه، والجهل بالمنفعة يعود بالجهل على الأجرة المرتبطة بها، أما إذا كان بدء الفترة الإنتاجية أجل استحقاق فلا يعد جزءا من المنفعة، وبالتالي، فإن المستكشف يستحق الأجرة بمجرد اكتشاف النفط، إلا أن دفعها يؤجل إلى الإنتاج، ولعل هذا ما تفرضه طبيعة المعاملة، حيث أن قيمة الأجرة قد تكون مبالغ كبيرة لا يستطيع المؤجر دفعها، إلا بعد إنتاج النفط، وعليه فإن الجهل هنا لا يتعلق بالمعقود عليه، بل يتعلق بالأجل، والأجل خارج نطاق البحث، فبدء

(1) مذكر المؤسسة الفقرة الأولى.

الفترة الإنتاجية لا يثير إشكالية الجهل بالأجرة،إذا كان موعد دفع لا شرط استحقاق، فالأجرة وإن لم تدفع إلا أنها تثبت في الذمة، ولا يفضي تأجيلها إلى الجهل بحصولها من عدمه، أي لا يعرضها لخطر العدم، والذي يعد من باب الجهل بالمعقود عليه، والذي أرجحه أن بدء الفترة الإنتاجية أجل دفع لا شرط استحقاق، والدليل ثبوت حق المستكشف في استخراج النفط، وهذا قبل بدء الفترة الإنتاجية، لأن بدء الفترة الإنتاجية بعد استخراج النفط، وقد أكد هذا مركز بحوث النفط، حيث ذكر بأنه لم يثبت عمليا أن اكتشفت شركة ما النفط، ولم تسترد نفقات الاستكشاف، لأن عقد الاستخراج سيرسى عليها، وهو جزء من أجرة عقود الاستكشاف، كما سبق وأن ذكرت، فاشتراط بدء الفترة الإنتاجية لا يثير إشكالية الجهل بالأجرة في هذه الحالة.

-2 الآبار غير المنتجة.

إن المنفعة في عقود الاستكشاف، هي اكتشاف وجود النفط، وبكميات تجارية، فالآبار غير المنتجة للنفط بكميات تجارية في حكم العدم، لهذا فإن الأصل عدم استحقاق أجرة أعمال الاستكشاف، والتنقيب المتعلقة بها، والإشكالية التي تثيرها هي الجمع بين العمل، ونتيجته في المنفعة، وهذه تمت مناقشتها في فقرة سابقة، والإشكالية الأخرى في استرداد نفقات الاستكشاف للآبار غير المنتجة، إذا تمت هذه النفقات في سنة بدء الفترة الإنتاجية، ووجه الإشكال فيها من عدة جوانب، نجملها في الأتي:

-1 إن استحقاق الأجرة مرتبط ببدء الفترة الإنتاجية، وعليه فإن بدء الفترة الإنتاجية إما أن يكون أجل، أو شرط استحقاق، فإذا كان أجل فالأمر يتعلق بالجهل بالأجل، وهو خارج نطاق البحث، أما إذا كان شرط استحقاق، فهي جزء من المعقود عليه، وهي مجهولة، وهذا يؤدي إلى الجهل بالأجرة، كما هو الحال في الآبار المنتجة، فيقال بشأنها ما قيل هناك.

-2 إن شرط استحقاق الأجرة، هو تمام أعمال الاستكشاف في سنة بدء الإنتاج، وهذا تحديد للمنفعة بالمدة، والعمل، والمدة عادة لا تكفي للعمل، وإلا لما فرق بين الأعمال التي تتم أثناء السنة، وقبلها، وهذا ما ذكره المختصون في هذا المجال[1].

---

(1) مركز بحوث النفط بالمؤسسة الوطنية للنفط بليبيا.

إن الجمع بين المدة، والعمل في المنفعة محل خلاف بين الفقهاء، فمنهم من منعه للجهل، ومنهم من أجازه، واشترط شروطا لتخفيف الجهل، وأثره، منها أن يكون الزمن يكفي للعمل، ومنها ألا يفضي للمنازعة، ومنها أن تقتضي طبيعة العمل هذا التحديد[1]، والزمن هنا لا يكفي لتمام العمل، وعليه فإن استرداد النفقات للآبار غير المنتجة خلال سنة الإنتاج قد أضاف جهلا أخر للمنفعة،إضافة إلى الجهل بسبب جمع المنفعة بين العمل، ونتيجته.

هذه أهم الإشكاليات التي تثيرها عقود الاستكشاف بشأن الجهل، وأتولى في المبحث الثاني من هذا الفصل توجيه هذه الإشكاليات، أو تعديل النصوص بما يتفق وأحكام الفقه الإسلامي، وذلك في حالة عدم إمكانية توجيه العقود بحالتها الحالية.

(1) انظر مثلا:المحلى لابن حزم 183/8. البيان للعمراني 302/7 - 303. البحر الزخار للمرتضي 31/5. شرح فتح القدير لابن الهمام 63/9 وما بعدها. الإنصاف للمرداوي 42/6. مواهب الجليل للحطاب 410/5. الإيضاح للشماخي 229/6.

المبحث الثاني

دراسة الإشكاليات وتوجيهها

لقد فرقت في عقود الاستكشاف بين إيجار الأرض للاستكشاف، وبين أعمال الاستكشاف، ففي إيجار الأرض، المنفعة هي الحق في استغلال مساحة محددة من الأرض لاستكشاف النفط، والمساحة محددة بالكيلو متر، ويتم استغلالها خلال مدة معينة يحددها العقد، أما الأجرة، فهي ما يدفع مقابل استغلال هذه الأرض، وهي محددة بالعملة الليبية، ففي مقابل كل مساحة قيمة محددة، ولكل مساحة مدة زمنية محددة بالعقد، فالأجرة معلومة، وكذلك المنفعة، فلا إشكالية تثار بشأن الجهل في هذه العقود، وأما الجمع بين المدة والعمل، فإن طبيعة العقد تقتضيه، ولا يثير نزاعا، والمدة تسع العمل، والراجح في الفقه الإسلامي جواز الجمع بين المدة، والعمل بهذه الشروط.

إن الجانب الأخر من عقود الاستكشاف، هو أعمال البحث، والتنقيب عن النفط، وقد أثيرت عدة إشكاليات بشأن الجهل في هذا الجانب، بعض هذه الإشكاليات متعلق بالمنفعة، وبعضها متعلق بالأجرة، وأحاول دراستها، وتوجيهها تباعا.

إشكاليات المنفعة.

إن إشكالية الجهل بالمنفعة جاءت من الجمع بين العمل، ونتيجته، والعمل في مجمله موصوف في الذمة، وهو عمل متكامل لا يتجزأ بحسب الأصل، لأن الدولة لا تستفيد به إلا متكاملا في الغالب، ولهذا لا يستحق العامل عنه الأجرة إلا بتمامه، فالمنفعة تمام العمل، وقد لا يكتمل العمل، ونتيجة العمل قد لا تتحقق، وهذا من الجهل المنهي عنه في الإجارة، ولا يمكن تأصيله على أساس أنه جعالة لأن الجمع بين العمل والنتيجة منهي عنه في الجعالة أيضا، وقد أوضحت هذا عند عرض هذه الإشكالية.

إن المنفعة المرادة في هذا العقد هي نتيجة العمل، وهي اكتشاف النفط، والأولى ترك العامل-الشركة المستكشفة هنا - اختيار ما يوصل لهذه الغاية، لأنه هو من يتحمل مخاطر الجهل، وهي احتمال عدم وجود النفط، لأنه سيخسر الأجرة.

إن استحقاق الأجرة بتمام العمل، وحصول المنفعة التي وقع عليها العقد، الأصل عدم جوازه للجهل، والأصل في عقد الإجارة استحقاق الأجرة بقدر ما تم من العمل، وقد اتفقت الآراء على هذا الأصل، وإن اختلفت طريقة التعبير(1).

إن تحديد العمل، وأجرته محل اتفاق عند الفقهاء، وربط الأجرة بالعمل لمنع الجهل، لأن العمل معلوم، والأجرة معلومة، والعمل الموصوف في الذمة لا يختلف عن العمل المعين، فالعناصر، والأوصاف معلومة أثناء العقد في العمل الموصوف في الذمة أيضا، واستحقاق الأجرة بتمام العمل الموصوف لا يعد خروجا عن الأصل، لأن العمل لا يتجزأ، فهو كالجزء في غيره، لأن الانتفاع بالعمل المعين عادة يتجزأ، وينتفع بكل جزء، إلا أن الانتفاع المقصود من العقد لا يكتمل إلا بتمام العقد، فمثلا، غرض المؤجر من تأجير الإنسان لعمل ما، كالرعي، أو الحراسة لا يتم إلا باكتمال المدة المتفق عليها، إلا أن المؤجر ينتفع برعي وحراسة كل يوم، فحراسة كل يوم تصلح أن تكون عقد إجارة، أما خياطة الثوب، وصناعة الأبواب لا ينتفع بها عادة إلا بتمام العمل، ولا تشكل أجزاؤه أعمالا تصلح أن تكون محلا لعقد إجارة غالبا، ولهذا لا يعد شرط تمام العمل خروجا عن الأصل، إلا أن هذا لا يعني أن الفقهاء لم يخرجوا عن هذا الأصل، فتطبيقاتهم تدل على الخروج عن هذا الأصل كثيرا، وتدخل أكثر هذه التطبيقات ضمن العقد على نتيجة العمل، ومن نتائج الأعمال التي تصلح أن تكون محلا للعقد، خروج الماء في حفر الآبار؛ البلاغ في الكراء؛ حصول البيع في بيع الثياب؛ المداواة بشرط البرء، وما في معنى هذه الأعمال.

إن المنفعة في الأمثلة السابقة وما يماثلها مجهولة وقت العقد، وهي لا تنضبط، كما عبر عنها بعض الفقهاء، ولا تخضع لإرادة العامل وحده، بل تشترك أمور أخرى في تحقيقها، والأصل عدم جواز الإجارة في هذه الصور للجهالة، ولا يخل أي مذهب من مثل هذه

---

(1) إن آراء الفقهاء تدل على اتفاقهم على هذا الأصل، وان اختلف تعبيرهم على هذا، فمثلا، ذهب الأحناف، والحنابلة إلى أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة، وهذا يترتب عليه ثبوت الأجرة بحسب ما تم من العمل، والمالكية، والشافعية عند تفريقهم بين الإجارة والجعالة قالوا: بأن الجعالة تختلف عن الإجارة بأن العامل لا يستحق شيئا إلا بتمام العمل، ولم يخرج الإباظية، والشيعة عن الآراء السابقة، انظر مثلا: المغني لابن قدامة 225/5 – 227. البيان للعمراني 410/7، 421. روضة الطالبين للنووي 341/4. البحر الزخار للمرتضي 98/5. شرح فتح القدير لابن الهمام 60/9. حاشية الدسوقي للدسوقي 61/4. الإيضاح للشماخي 249/6.

التطبيقات، وإن اختلفوا في التوسع والتضييق، إلا أن المبدأ هو اتفاق الفقهاء على الخروج عن هذا الأصل[1].

من خلال إطلاعنا على أراء الفقهاء، وتطبيقاتهم، نرى أن خروجهم عن الأصل، وإجازة العقد على نتيجة العمل، وثمرته، وإن كانت مجهولة وقت العقد، إنما كان لمعنى، وهو الموازنة بين الأضرار، والمصالح المترتبة على العقد، ومن الأولى بتحمل خطر الانعدام، فالجهل في مثل هذه الحالات لا يمكن تجافيه، والعودة إلى الأصل ليست أفضل حالا، والحاصل هو نقل الجهالة من طرف لطرف أخر، فمثلا إجارة الإنسان لبيع الثياب لمدة محددة، مقابل أجرة محددة، لم تنتف الجهالة بهذا العقد، فالعامل هنا ضامن لأجرته، أما المؤجر قد يخسر الأجرة دون أن يحصل له أي نفع، فما حصل هو نقل تحمل خطر الجهالة من طرف لطرف.

إن الجهالة بالنظر للنتيجة من ضرورة العقد، ولا مجال للنقاش حول تخليص العقد منها، وعليه أركز على المعنى الذي فرضها، وهو الموازنة بين المضار، والمنافع، ومن هو أولى بتحمل خطر الجهل، ونصوص الفقهاء تدل على أن المؤجر هو الأولى بتحمل خطر الجهل إذا اختار العقد على العمل، وحدد ما تتحقق به نتيجة العمل، أما إذا تم العقد على نتيجة العمل، فالعامل هو الأولى بتحمل خطر الجهل، وله اختيار مواصفات العمل الذي تتحقق به النتيجة، وهذا في المعاملات العامة هو الأنجح، فإذا كان العامل سيتحمل ضرر عدم تحقق النتيجة، فسيبذل أقصى ما في وسعه للنجاح، ويكون أشد الحرص في اختيار أقرب الطرق، وأنجحها لتحقيق النتيجة، أما إذا كان رب العمل هو من يتحمل نتيجة العمل، فسيكون حريصا على تحديد أنسب الأعمال، وأنجحها لتحقيق الغاية، ولن يبرم العقد إلا على هذا الأساس.

إن المعنى السابق هو الذي نعتمد عليه في توجيه إشكالية الجهل بالمنفعة، والمخالف لأحكام الفقه الإسلامي.

---

(1) البيان والتحصيل لابن رشد 136/8 – 137 البيان للعمراني 294/7. المغني لابن قدامة 461/5. روضة الطالبين للنووي 221/5. شرح الزركشي للزركشي 250/4 – 251. البناية شرح الهداية- العيني – محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن أحمد بن الحسين، المعروف ببدر الدين العيني- تح أيمن صالح شعبان (بيروت – دار الكتب العلمية – ط الأولى 2000 م) 245/10 – 246. مواهب الجليل للحطاب 453/5. حاشية الدسوقي للدسوقي 61/4.

إن جعل نتيجة العمل منفعة العقد لا يثير إشكالية، ويمكن تأصيله شرعيا، ويتفق مع الحالات التي ذكرها الفقهاء، كما أن معنى التجاوز عن الجهل تتضمنه عقود الاستكشاف، إلا أن الإشكالية في وصف العمل إضافة إلى النتيجة، ولكن هل الطبيعة الخاصة لعقود الاستكشاف جعلت لوصف العمل مقصد أخر، أي أن وصف العمل ليس لتحديد طريقة وصول المستكشف للمقصود من العقد، وإنما كان لغاية أخرى.

إذا ثبت أن القصد من وصف العمل لغاية خاصة، فإن الجمع بين العمل ونتيجته كالعقد على نتيجة العقد فقط، لأن أولوية المستكشف في تحمل خطر الجهل قائمة، واحتواء العقد على هذا الجهل من ضروراته، ولا يمكن تخليص العقد منها، وجعل نتيجة العقد المنفعة التي وقع عليها العقد أقرب للعدالة، وذلك للمعاني التي ذكرتها في صحة حمل الأمتعة، والأطعمة على شرط البلاغ، وحفر الآبار على شرط خروج الماء، وما يماثل هذه الأمثلة.

يدل ظاهر النصوص أن وصف الأعمال تحديد لها لذاتها، وباعتبارها جزء من المنفعة، ومشاركة من الدولة للشركة في سبيل حصول المنفعة المقصودة.

ولكن إمعان النظر في العقود المبرمة، وبنود العقد النموذجي يوضح أن لوصف الأعمال غرضاً أخر، وهو تجافي الأخطار التي تترتب على بعض أعمال الاستكشاف، ومراعاة تجافي هذه الأضرار أولى من المصالح التي تكتسب من العقد، ووصف الأعمال وإن ساهم في رسم سبيل الوصول للنتيجة، إلا أنه جاء بشكل عرضي، وليس الغرض الأساسي من هذه الأعمال المعينة.

لقد وردت عدة أدلة في بنود العقد النموذجي تؤكد ما ذكرته، نذكر منها على سبيل المثال:

-1 ينص البند الرابع عشر الفقرة الرابعة من العقد النموذجي على: (لا يجوز

مباشرة أعمال التنقيب، أو أية أعمال خطرة أخرى على مسافة تقل عن خمسين مترا من المنافع العامة، أو المباني الثابتة قبل الحصول على موافقة المدير، وتنفيد الاشتراطات التي يرى فرضها)[1].

-2 تنص الفقرة الثانية من ترخيص الاستطلاع الابتدائي النموذجي على: (لا يجوز استنادا على هذا الترخيص حفر الآبار للاستطلاع، ولا الحفر الميكانيكي للثقوب، والأعمال السيسمولوجية)[2].

-3 ينص البند التاسع عشر من العقد النموذجي على: (على الشركة وفقا للأصول الصحيحة السائدة في حقول النفط أن تعد جهازا ملائما لتصريف ما لديها من مياه، وزيت فاسد، وعليها أن تردم بإحكام جميع الحفر، والآبار التي حفرتها، وذلك قبل تركها) [3].

إن القصد من الأعمال السابقة، هو تجافي الأضرار المترتبة على هذه الأعمال، وتوضح بعضها حجم هذه الأضرار، ودلالة النصوص على أنها لتجافي الأضرار واضحة لا تحتاج إلى بيان، فاشتراط أخذ الإذن من المدير المختص، هو تقدير خطر الأضرار، وكيفية تلافيه بشكل لا يعيق عملية التنقيب، ولا يؤثر على المباني، والبشر وممتلكاتهم، أما النص الثاني فالغرض الأساسي منه هو منع الأعمال المسببة للزلازل، ونص القانون على مراعاة المواصفات العلمية القصد منه الحد من أضرار هذه الأعمال، ولهذا اكتفى القانون أحيانا بالإجمال، وتعرض للتفصيل عند لزومه، لأن خطر الأعمال وضررها مسألة نسبية، وتختلف من عصر لعصر، وللتقدم العلمي دور في تجافي أضرار بعض الأعمال الخطرة، كما أن تحديد ضرر الأعمال مرتبط بالتقدم العلمي.

يدل العرض السابق على أن الغرض الأساسي من وصف الأعمال هو الحد من أضرارها على الأرض والبشر، والمباني، ومصالح الدولة الحيوية، وليس الغرض منه رسم سبيل الوصول إلى النتيجة، وإن تحقق في بعض الحالات فهو بالتبع، أي كأن الاتفاق تم على أن الشركة ملزمة باكتشاف النفط مقابل استرداد نفقات الاستكشاف، ولها الحرية في طريقة البحث بما لا يسبب أضرارا جانبية.

بناء على ما سبق فإن العقد تم على أساس النتيجة، فالمنفعة هي اكتشاف النفط،

---

(1) التشريعات النفطية للمرتضي ص 277.

(2) المقصود بالأعمال السيسمولوجية هى الأعمال المسببة للزلازل، هذا ما أفاد به مركز بحوث النفط بالمؤسسة الوطنية للنفط، وقد أوضح المركز بأن المسح السيسمولوجي يجوز إجراؤه عند الضرورة، بعد موافقة الجهات المختصة، وإجراء الأبحاث على طبيعة الأرض، وظروفها. انظر:التشريعات النفطية للمرتضي ص 254.

(3) المرجع نفسه ص 279.

وللشركة من حيث المبدأ تحديد الأعمال المحققة لهذه المنفعة، أما الأعمال المعينة التي شرطتها الدولة الليبية فهي لمنع أو الحد من الأضرار الجانبية لأعمال الاستكشاف.

إن الجهل بالمنفعة في عقود الاستكشاف فرضته طبيعة العقود، وهو من الجهل المتجاوز عنه، وذلك لاحتوائه على معنى خروج الفقهاء عن الأصل، وإجازتهم للعقد على نتيجة العمل، وإن كانت هذه النتيجة معرضة لخطر العدم، وغير منضبطة، ولا تخضع لإرادة المتعاقد وحده، بل تساهم ظروف أخرى في تحققها، والأمثلة عليها متعددة، وقد عرضت بعضها فيما سبق، هذا على اعتبار أن نتيجة العمل جزءا من المعقود عليه وفقا لعبارات الفقهاء، أما إذا كان المعقود عليه هو العمل والأجرة فلا تثار مسألة الجهالة أصلا، ولهذا ناقشت المسألة وفقا لظاهر وجهة نظر الفقهاء.

إن هذا التحليل يحل الإشكالية التي يثيرها الجمع بين وصف العمل، ونتيجته في عقود الاستكشاف، وعليه فإن الجهل بالمنفعة في عقود الاستكشاف للسبب السابق من الجهل المتجاوز عنه، والذي تفرضه طبيعة المعاملة، وضرورة الموازنة بين المصالح، والأضرار، والتخفيف من خطر الانعدام وآثاره.

إشكاليات الأجرة.

إن الجهل بالأجرة سببه ارتباطها بمجهول، وينحصر في أمرين: أولهما اكتشاف النفط، كمنفعة مقصودة وقع عليها العقد،وثانيهما، بدء الفترة الإنتاجية كمنفعة مقصودة، ويتوقف على حصولها استحقاق الأجرة، وذلك بالنسبة للآبار غير المنتجة خلال سنة بدء الإنتاج، وقد أوضحت كيف تفضي هذه الأمور للجهل بالأجرة في المبحث السابق، وفي هذا المبحث أحاول توجيه الجهالة، أو تعديل العقد بما ينفي الجهالة.

أولا: اكتشاف النفط.

إن استحقاق الأجرة مشروط بتحقق منفعة مجهولة، وهو وجود النفط، وهذا يعود على الأجرة بالجهل، حيث أن استحقاق الأجرة معرض لخطر العدم، فقد تتحقق المنفعة، وينال المستأجر الأجرة، وقد لا تتحقق هذه المنفعة، ويخسر العامل أجرة عمله،ورب العمل شارك

العامل في تحديد الأعمال المحققة للنتيجة، فالأجرة هنا لها خطر العدم، وهو نوع من الجهل، إلا أن هذا الجهل مما تجاوز عنه الشارع لعدم إمكانية الاحتراز منه، وقد بينت شرعية الجمع بين العمل، ونتيجته في عقود الاستكشاف، وذلك لاقتضاء طبيعة العقد هذا الجمع، واشتماله على المعنى الذي خرج فيه الفقهاء عن الأصل.

ثانيا: بدء الفترة الإنتاجية.

إن أعمال الاستكشاف بالنسبة للآبار غير المنتجة، إما أن تقع خلال سنة بدء الفترة الإنتاجية، أو قبلها، فإذا وقعت خلالها استحق المستكشف أجرتها، وإذا وقعت قبلها لم تستحق عنها الأجرة، ولها حكم حالة عدم وجود النفط.

إن الجهل يكتنف هذا العقد من عدة جوانب: أولها، استحقاق الأجرة عن منفعة لم تتحقق، وهو ما عبر عنه الفقهاء بعدم تمام العمل، ففي عقود الاستكشاف العامل لا يستحق شيئا إلا بتمام العمل بحسب الأصل، لأن طبيعة العقد تقضي بهذا، فهو عمل موصوف في الذمة، وفي الأصل لا يستفاد منه إلا متكاملا، فالعامل لا يستحق الأجرة إلا باكتمال العمل، ثانيها، الجمع بين المدة، والعمل في تحديد المنفعة، والمدة لا تكفي لتمام العمل.

قبل معالجة إشكالية الجهل بأجرة أعمال استكشاف الآبار غير المنتجة، والمترتبة على شرط تمام أعمال البحث خلال سنة بدء الإنتاج نبين واقع الآبار غير المنتجة، فتصور حقيقة الشيء جزء من الحكم عليه.

واقع الآبار غير المنتجة للنفط بكميات تجارية.

لقد أتضح فيما يتعلق بتنفيذ العقود النفطية أن النفط يوجد عادة في عدة أحواض، ولمعرفة وجود النفط بكميات تجارية يتم حفر عدة أبار، وحفر هذه الآبار للتأكد من وجود النفط بكميات تجارية في المنطقة، فإذا تبين أن النفط في المنطقة التي حفرت فيها الآبار غير تجاري تقفل الآبار، وهذه يطلق عليها آبار غير منتجة للنفط بكميات تجارية، وتترك المنطقة، وينتقل للاستكشاف في منطقة أخرى، وذلك ضمن المساحة المتفق عليها، تحت نفس العقد السابق، أما إذا تبين أن النفط في هذه المنطقة بكميات تجارية تبدأ عملية الاستخراج، إلا أنه في

بعض الأحيان يتم حفر بعض الآبار خارج الحوض، وضمن المنطقة التي اكتشف فيها النفط بكميات تجارية، و هذه الآبار كمياتها غير تجارية أيضا[1].

من خلال العرض السابق يمكن تقسيم أعمال الاستكشاف للآبار غير المنتجة إلى قسمين، قسم يستفاد منه، وتقوم عليه أعمال استكشاف الآبار المنتجة، وقسم لا يستفاد منه، وتنفصل أعماله عن أعمال استكشاف الآبار المنتجة، وهذا الفارق له دور في توجيه الجهل، لهذا أعالج كل حالة منفصلة.

الحالة الأولى:

الآبار غير المنتجة بمنطقة الآبار المنتجة، أي المنطقة التي يوجد بها نفط بكميات تجارية.

إن أعمال الحفر والتنقيب للآبار غير المنتجة تستفيد منها الدولة، فأعمال البحث والتنقيب، والحفر التجريبي للآبار المنتجة تعتمد بعضها على أعمال الحفر، والتنقيب للآبار غير المنتجة، فهي مشتركة، وتخفض من قيمة الاستكشاف بالنسبة للآبار المنتجة، فلولا هذه الآبار، ستقوم الشركة بحفر آبار أخرى، وهذه تحتاج إلى نفقات إضافية.

مناقشة إشكالية الجهالة.

1- إن الأصل في الإجارة استحقاق الأجرة بتمام العمل، إذا كان العمل موصوفا، ولا يتجزأ، لأن الأجرة مقابلة للعمل متكاملا، كما أجاز الفقهاء أن تكون المنفعة المقصودة بالعقد نتيجة العمل استثناء، واستجابة لقواعد العدالة، إلا أن الفقهاء قالوا باستحقاق جزء من الأجرة في مثل هذه الحالات، إذا استفاد رب العمل من عمل العامل، ويكون جزء الأجرة بقدر الاستفادة، وطبق الفقهاء هذا الحكم في الجعالة أيضا، وهذا يقتضيه حكمة استحقاق الأجرة بتمام العمل في العمل الموصوف الذي لا يتجزأ[2]، أو نتيجة العمل، والدولة هنا استفادت من أعمال استكشاف الآبار غير المنتجة، وإن كان الأصل عدم استحقاق الأجرة

(1) مركز بحوث النفط بالمؤسسة الوطنية للنفط.

(2) المغني لابن قدامة 525/5 -527. روضة الطالبين للنووي 330/4. البحر الزخار للمرتضي 77/5. شرح فتح القدير لابن الهمام 71/9 -73. مواهب الجليل للحطاب 455،395/5.

لعدم تحقق المنفعة التي تم عليها العقد، وهي وجود النفط، إلا أن الاستفادة من هذه الأعمال تقتضي استحقاق قدر من الأجرة بقدر الاستفادة من هذه الأعمال.

يترتب على ما سبق أن الشركة تستحق أجرة أي عمل استفاد الطرف الأخر منه، سواء حصل هذا العمل خلال سنة بدء الإنتاج، أو قبلها، لأن الأساس هو الاستفادة منه لا زمن حصوله، وربطه بسنة بدء الإنتاج يفضي إلى الجهل الذي لا يقتضيه العقد،ويناقض معنى استحقاق الأجرة عنه.

2- لقد حددت المنفعة بالمدة والعمل، والمدة لا تكفي للعمل، ولا تقتضيها طبيعة العقد، والجمع بين المدة والعمل في هذه الحالة يفضي للجهالة، فالعمل إذا تم خارج المدة لا يستحق أجرته، وإذا تم في المدة المحددة يستحق عنه أجرة، وما يتم من الأعمال ضمن المدة المحددة مجهول، والأجرة المستحقة مجهولة، فالجهل بالأجرة سببه الجهل بالمنفعة للجمع بين العمل والمدة.

لقد اتفق الفقهاء على عدم جواز الجمع بين المدة والعمل في المنفعة إذا أفضى للجهالة، والجمع بين المدة والعمل هنا يفضي للجهالة بالمنفعة[1]، وعليه فلابد من تعديل عقود الاستكشاف في هذه الحالة، وسأوضح بعد بيان حكم الحالة الثانية ما يتم به تعديل العقد، لكي تنتفي الجهالة.

الحالة الثانية:

الآبار غير المنتجة خارج منطقة الآبار المنتجة، أي خارج المنطقة النفطية.

إن أعمال التنقيب لهذه المنطقة منفصلة عادة عن أعمال البحث والتنقيب للمنطقة النفطية، والتي بها آبار منتجة للنفط، فلا يمكن اعتبار هذه المرحلة من الاستكشاف تبعا للمرحلة التالية، وهذا يعني، أن أعمال البحث، والتنقيب للآبار غير المنتجة لا يستفاد منها عادة، حيث تبدأ مرحلة جديدة من البحث، والتنقيب عن النفط، وإذا اكتشف النفط في

(1) انظر مثلا: المحلى لابن حزم 183/8. البيان للعمراني 302/7 - 303. البحر الزخار للمرتضي 31. شرح فتح القدير لابن الهمام 63/9. الإنصاف للمرداوي 42/6. مواهب الجليل للحطاب 410/5 الإيضاح للشماخي 229/6.

منطقة جديدة، تكون أعماله مستقلة، وإذا اعتمد على المرحلة السابقة بأي وجه تطبق عليه أحكام الحالة الأولى، وهذا لا يحصل إلا نادرا، أو بشكل غير مباشر، أو يكون أثره غير ذي بال في مثل هذه العقود[1].

مناقشة إشكالية الجهالة.

1- إن المنفعة المقصودة لم تتحقق، وهي اكتشاف النفط، ويترتب على تخلف المنفعة سقوط الأجرة، إلا أن القانون أعطى الحق في استرداد نفقات أعمال الآبار غير المنتجة، و التي تتم في سنة بدء الإنتاج، وهذه مجهولة أثناء العقد، وليست من الحالات التي أجاز الفقهاء استحقاق الأجرة عنها، لعدم الاستفادة منها في اكتشاف النفط.

2- لقد جمع القانون هنا بين المدة، والعمل في تحديد المنفعة، ولها حكم الحالة السابقة، لأن المدة لا تكفي عادة للعمل، وليست من طبيعة العقد، وهي مجهولة، وتؤدي للجهل بالأجرة.

يظهر من خلال المطالعة لواقع الآبار غير المنتجة، أن القانون أراد بالأعمال التي تسترد نفقاتها الحالة الأولى، أي الأعمال المستفاد منها، أي آبار المنطقة النفطية، والتي وقعت ضمن المنطقة إلا أنها خارج الأحواض، وهي التي تقع خلال سنة بدء الفترة الإنتاجية عادة، لأن المدة التي حددها القانون للتخلي عن جزء من مناطق الاستكشاف خمس سنوات، وهي المدة المفترضة لإنهاء عملية البحث لكل منطقة مستقلة، أما أعمال الاستكشاف التي تقع خلال سنة بدء الإنتاج، فهي أعمال الاستكشاف لنفس المنطقة النفطية، وهذا ما دل عليه الواقع العملي، وفقا لما ذكره المختصون في هذا المجال[2].

لقد وافق القانون العدالة بتقسيم أعمال الاستكشاف من حيث المبدأ، وحقق معني الإجارة القائمة على المعاوضة بين المنافع، أو المنفعة والنقد، ووافق أحكام الفقه الإسلامي، إلا أن ما وضعه القانون من معيار للتفرقة أدى للجهالة، وأخل بالتوازن، والحِكَم، والمقاصد التي اعتمد عليها الفقهاء في استحقاق الأجرة، إذا لم تتحقق المنفعة المقصودة بالعقد.

(1) مركز بحوث النفط بالمؤسسة الوطنية للنفط.

(2) المرجع السابق.

إن التفرقة بين أعمال الاستكشاف للآبار غير المنتجة توافق أحكام الفقه الإسلامي، من حيث المبدأ.

إن استحقاق الأجرة إذا لم تتحقق المنفعة المقصودة بالعقد استثناء، وكان لمعان، فالقانون لم يخالف الفقه الإسلامي في تقريره استحقاق الأجرة عن بعض الأعمال، والتي لم تتحقق منفعتها المقصودة بالعقد، إلا أنه خالف الفقه الإسلامي في أساس الخروج، وهدم المعاني التي حرص الفقه الإسلامي على تحقيقها بهذا الخروج، وذلك باعتماد المدة كمعيار لاستحقاق أجرة الأعمال، فما تم خلال المدة تستحق عنه الأجرة، وما تم قبلها لا تستحق عنه الأجرة، ولو استفاد منه المؤجر، والمدة مرتبطة بأمر مجهول أثناء العقد، وهو بدء الفترة الإنتاجية، كما أنه جمع بين المدة و، العمل، والمدة لا تكفي للعمل، وهذا يفضي للجهل.

لا يمكن حل إشكالية الجهل إلا باعتماد معيار الفقهاء، وهو الاستفادة، فالعمل المستفاد منه يستحق عنه الأجرة، وما لا يستفاد منه لا يستحق عنه الأجرة، وهذا يحقق العدالة، والتوازن، ويمنع الجهل، حيث أن المنفعة تحدد بعد تمام العمل، وتستحق الأجرة بقدر الاستفادة من العقد، واستحقاق أجرة العمل المستفاد منه يمكن تأسيسه على قاعدة الإثراء بلا سبب، حيث أن المؤجر أثرى على حساب الغير، ولكن تأسيسه على العقد المبرم أولى، ما دام ذلك ممكنا.

إن شرعية العقد تقتضي حذف المدة، أي ينص على أن النفقات تسترد إذا كان العمل مستفادا منه في استكشاف المنطقة النفطية، أو الحوض الذي به الآبار التي بها نفط بكميات تجارية،وتكون الأجرة حسب قيمة الاستفادة وبهذا أكون قد انتهيت من عرض إشكالية عقود الاستكشاف، وتوجيهها.

الفصل الثاني

إشكالية عقود استخراج النقط، ودراستها، وتوجيهها

المبحث الأول

إشكالية عقود الاستخراج

تنقسم عقود استخراج النفط في ليبيا إلى ثلاثة أقسام هي:

- عقود الاستكشاف ومقاسمة الإنتاج.
- عقود الامتياز.
- عقود التطوير.

إن عقود الاستخراج تلتقي في كثير من أحكامها، ففي عقود مقاسمة الإنتاج يقسم النفط المستخرج بين الدولة الليبية والشركة المستخرجة، ويتم تقسيم الناتج بعد استرداد الشركة ما أنفقته على عملية الاستكشاف، والاستخراج، أما في عقود الامتياز فالصورة الخارجية تختلف فيما يتعلق بتقسيم الناتج بعد خصم التكاليف، حيث تلتزم الشركة بدفع رسوم، وإيجارات، وإتاوات للدولة الليبية، والنفط المستخرج عائده للشركة، أي كأن الشركة استأجرت الأرض لاستخراج النفط، وهذا يدل على اختلاف عقود الامتياز عن عقود المقاسمة في شكلها الخارجي، أما عقود التطوير فتأخذ شكل عقود المقاسمة[1].

إن عقود الاستخراج بأنواعها لم تعرف بهذا الاسم في الفقه الإسلامي، فهي من مستجدات العصر، ودراسة مدى مطابقة هذه العقود للفقه الإسلامي يقتضي معرفة العقد الذي يحكمها، أي بيان وصفها الشرعي.

(1) مذكر المؤسسة الفقرة الأولى البند الأول.

إن الظاهر يوحي باختلاف عقد المقاسمة عن عقد الامتياز، ولهذا أدرس كل عقد مستقل قبل بيان الوصف، وعرض الإشكاليات، أما عقود التطوير فتدخل ضمن عقود المقاسمة لأن لها نفس الصورة.

الإشكاليات التي تثيرها عقود مقاسمة الإنتاج.

إن بيان الإشكاليات التي تثيرها عقود المقاسمة يقتضي بيان وصفها، أي العقد الشرعي الذي تنطوي تحت أحكامه، لأن شكل الجهل المؤثر في صحة البيوع يختلف من عقد لأخر، فمثلا، الجهل المتجاوز عنه في عقد الإجارة يختلف عن المتجاوز عنه في عقد البيع، وهكذا.

وصف عقود المقاسمة.

قبل تحديد وصف عقود مقاسمة الإنتاج نعطي فكرة موجزة عن عقود المقاسمة.

إن عقود مقاسمة الإنتاج تحكمها الاتفاقيات المبرمة بين الشركة، والدولة الليبية، ويمثل الدولة الليبية المؤسسة الوطنية للنفط، ويعد قانون البترول، وتعديلاته ولوائحه التنفيذية مكملا لاتفاقيات عقود النفط، وعقود المقاسمة وفقا للاتفاقيات المبرمة حاليا، ووفقا لنصوص قانون البترول ولوائحه، وتعديلاته تتم على النحو التالي:-

تلتزم الشركة صاحبة العقد باستخراج النفط، وعليها القيام بكل ما من شأنه تحقيق هذه الغاية، وفقا للأصول العلمية المتعارف عليها في مجال استخراج النفط، فالعقد من حيث المبدأ في معنى العمل الموصوف في الذمة، وهو استخراج النفط.

وعلى سبيل الاستثناء نص قانون البترول والاتفاقيات على بعض الأعمال المعينة، كما أن العمل المؤدي للنتيجة التي وقع عليها العقد وصف بشكل إجمالي، أي مواصفته للطرق العلمية المتعارف عليها عند أهل المهنة، فمن الأعمال المعينة التي تضمنها عقد المقاسمة مثلا، عدم ممارسة الشركة أية أعمال خطرة على مسافة تقل عن خمسين مترا من المنافع العامة، والمباني الثابتة قبل الحصول على موافقة المدير، وتنفيد الاشتراطات التي يرى فرضها، ومن الأعمال المعينة التزام الشركة بإعداد جهاز ملائم لتصريف ما لديها من مياه، وزيوت، وعليها أن تردم بإحكام جميع الحفر والآبار التي حفرتها لقيامها باستخراج النفط، وفي مقابل الالتزامات

السابقة تسترد الشركة كل ما أنفقته من مصاريف، إضافة إلى مقاسمة ما بقي من النفط وفقا لنسبة تحددها العقود المبرمة[1].

إن تحديد الوصف الشرعي لعقود المقاسمة من الصعوبة بمكان، إذ يتنازعه عقدان، هما الإجارة، والمضاربة، فبالنظر إلى منفعة العقد إجارة، لأن عقود المقاسمة تعد في حكم العمل الموصوف في الذمة، بحسب الأصل، وعلى سبيل الاستثناء شملت عقود المقاسمة أعمالا معينة، والمنفعة في عقد الإجارة إما أن تكون منفعة عين، أو عمل، والعمل إما أن يكون معينا أو موصوفا في الذمة، والعقد على نتيجة العمل في حكم العمل الموصوف في الذمة[2]، أما العمل في المضاربة فهو مقتصر على العمل التجاري، فقد خص الفقهاء المضاربة بالعمل التجاري لنماء المال[3]، فعقود المقاسمة وفقا للمنفعة إجارة، أما بالنظر إلى الأجرة فالأمر أقرب للمضاربة، فمقاسمة الإنتاج بعد استرداد النفقات، من خصوصيات عقد المضاربة، فالجزء في

(1) لقد اعتمدت في هذه الصورة المختصرة لعقود الاستخراج على قانون البترول، ومذكرة المؤسسة الوطنية للنفط، وما ذكرته الجهات المختصة، والتي اتصلت بها، ومنها مركز بحوث النفط بالمؤسسة الوطنية لنفط بليبيا، فالمذكرة بينت بأن الاتفاقيات المبرمة بين الدولة والشركات تقضي بتقسيم إنتاج النفط بين الشركة، والمؤسسة بنسبة 51% للمؤسسة، 49% للشركة، وذلك بعد استنزال المصاريف، والمؤسسة هي ممثل الدولة في هذه العقود، وقانون البترول نص في مادته الرابعة عشرة الفقرة الثانية على أن المصاريف المستنزلة تشمل مصاريف الإدارة والتشغيل، ونسبة استهلاك الألات والمعدات، أي كل ما تنفقه الشركة أثناء قيامها بالتزاماتها، والنص وإن ورد بشأن عقود الامتياز إلا أنه يطبق على جميع عقود الاستخراج فيما لم يرد بشأنه نص خاص في الاتفاقيات، لأن قانون النفط مكمل لكل الاتفاقيات، واكتفيت بالاشارة إلى أرقام المواد دون النصوص لذكرها في الفصل الأول، أما بعض الأعمال المعينة الواجب على الشركة القيام بها فقد نص عليها قانون البترول، والأمثلة التي ذكرتها نصت عليها المادة التاسعة فقرة 13، والبند التاسع عشر من العقد النموذجي الملحق بالقانون.

انظر التشريعات النفطية للمرتضي ص 234، 242، 279. مذكرة المؤسسة الفقرة الأولى والسابعة.

(2) انظر مثلا: المحلى لابن حزم 183/8. البيان للعمراني 296/7. بدائع الصنائع للكاساني 194/4. المغني لابن قدامة 5/ 438 وما بعدها. البحر الزخار للمرتضي 31/5. شرح فتح القدير لابن الهمام 65/9. مواهب الجليل للحطاب 410/5. الإيضاح للشماخي 239/6.

(3) المحلى لابن حزم 274/8. المغني لابن قدامة 26/5. القوانين الفقهية لابن جزي ص 282. فتح القدير لابن الهمام 447/8.

حواشي الشرواني وابن القاسم للشرواني وغيره 86/6 -87. الروض النظير للسياغي 345/3. الإيضاح للشماخي 6/5.

عقد الإجارة لا يوزع على أساس الأرباح، والنفقات تعد بمثابة الأجرة لأعمال النماء في المال، وهي في عقد المضاربة توزع بين الطرفين بنسبة أرباحه، وهذا ما يحصل في عقود النفط.

يتضح مما سبق أن العمل أحد طرفي المعقود عليه، وهذا يعني أن العقد من باب بيع المنافع، والإجارة، والمضاربة من باب بيع المنافع، والإجارة أصل لبيع المنافع، أي أن المضاربة إجارة خاصة، ولهذا وقع اشتباه عقود المقاسمة بين العقدين، إلا أنني أرجح اعتبار عقود المقاسمة من باب الإجارة، لأنها أصل لبيع المنافع، وعند التنازع فالعودة للأصل أولى.

بعدما رجحت اعتبار عقود المقاسمة من باب الإجارة، أوضح ما تثيره هذه العقود من إشكالية بشأن الجهالة، وذلك وفقا لأحكام الإجارة.

إن طرفي المعقود عليه في الإجارة المنفعة، والأجرة، وأوضح منفعة عقود المقاسمة، وما تثيره من إشكاليات، والأجرة وإشكالياتها.

المنفعة وإشكالياتها.

إن المنفعة الأساسية في عقود مقاسمة الإنتاج استخراج النفط وفقا للطرق العلمية المتعارف عليها في هذا المجال، وللشركة تحديد ما يوصل لهذه الغاية، وكل ما يتطلبه تحقيق هذه الغاية من التزامات الشركة، وعليها رسم سياسة تحقيقه، إلا أن الاتفاقيات، والقانون عينا بعض الأعمال المعينة، ومن هذه الأعمال التزام الشركة بإعداد جهاز لردم الآبار وتصريف المياه، وقد أشرت إلى أمثلة لهذه الأعمال فيما سبق، فاستخراج النفط وفق الطرق العلمية المتعارف عليها، وبعض الأعمال المعينة يشكلا عنصر المنفعة في عقود مقاسمة الإنتاج، وقيام الشركة بهذا العمل محدد بفترات زمنية تضمنتها الاتفاقيات والقانون، وهذه المدة كافية لتمام عمل الشركة وفقا لتقييم المختصين، وهذه منفعة عقود المقاسمة حسبما ورد بالقانون، والاتفاقيات المبرمة، وذلك وفقا لما ورد بمذكرة المؤسسة[1].

إن المنفعة التي وقع عليها العقد، هي خروج النفط وفقا للمعايير الدولية، وهذه نتيجة أعمال الاستخراج، وشمول المنفعة المتعاقد عليها لأعمال معينة وارد على سبيل الاستثناء،

(1) التشريعات النفطية للمرتضي ص 234 - 236، 277، 279. مذكرة المؤسسة الفقرة الثانية.

وهذه المنفعة لا تتجزأ.

إن منفعة عقود المقاسمة وفقا للتحديد السابق تثار بشأنها الجهالة من عدة جوانب أهمها:

-1 إن نتيجة العمل لا تخضع لعمل العامل وحده، وبالتالي فهي معرضة لخطر العدم، وهو ضرب من الجهل، فعمل العامل لا يخلو من المخاطرة، فهو لا يستحق شيئا إلا بتمام العمل، وتمامه معرض لخطر العدم، فالمنفعة في عقود المقاسمة لا تخلو من الجهل أثناء العقد.

-2 إن المنفعة في عقود المقاسمة شملت أعمالا معينة إضافة إلى نتيجة العمل، والعقد على نتيجة العمل محل خلاف بين الفقهاء، ودلت آراؤهم على ترجيح القول بعدم صحة العقد على نتيجة العمل في الأصل للجهالة، إلا أن تطبيقاتهم دلت على الخروج عن هذا الأصل(1)، وهذا الخروج قائم على معان ومقاصد منها، الموازنة بين الأضرار والمصالح المعتبرة، وفقا لطبيعة العقد وحاجة الناس إليه، والمعاني التي اعتمد عليها الفقهاء في تبرير الخروج عن الأصل تمنع اجتماع العمل المعين ونتيجة العمل معا، وذلك لاختلاف الأحكام والآثار المترتبة على عقد الإجارة في كل، وقد فصلت هذه المسألة في عقود الاستكشاف(2).

-3 إن المنفعة إما أن تحدد بالمدة أو بالعمل، والجمع بين المدة والعمل الراجح عدم جوازه في الأصل للجهالة المفضية للمنازعة، إلا أن تطبيقات الفقهاء تدل على اتفاقهم على صحة الجمع إذا اقتضته طبيعة العقد، وانتفت الجهالة المفضية للمنازعة، بل إن الفقهاء اشترطوا الجمع في بعض الحالات، فعدم الجمع بين المدة العمل لعلة، وليس لذاته، إلا أن المعاملات السائدة زمنهم الغالب فيها أن الجمع بين المدة والعمل لا يخلو من الجهل المفضي للمنازعة، لهذا اعتبر الفقهاء الأصل عدم جواز الجمع، ولم يترددوا في القول بوجوبه إذا اقتضته طبيعة العقد(3).

---

(1) انظر مثلا: المحلى لابن حزم 183/8. البيان للعمراني 296/7. المغني لابن قدامة 438/5. البحر الزخار للمرتضي 31/5. شرح فتح القدير لابن الهمام 63/9 وما بعدها. مواهب الجليل للحطاب 410/5. الإيضاح للشماخي 229/6.

(2) انظر ص 272 وما بعدها من هذا البحث.

(3) انظر مثلا: المحلى لابن حزم 183/8 وما بعدها. البيان للعمراني 302/7 - 303. البحر الزخار للمرتضي 31/5. شرح فتح القدير لابن الهمام 63/9 وما بعدها. الإنصاف للمرداوي 42/6. مواهب الجليل للحطاب 410/5. الإيضاح للشماخي 229/6.

4- إن المنفعة لا تقتصر على خروج النفط بل تتضمن البدء في التصدير، وبدء التصدير مجهول أثناء العقد، وهو لا يعد من نتيجة عمل الاستخراج في الأصل[1].

هذه أهم الإشكاليات الواردة على المنفعة في عقود المقاسمة، وأتولى في المبحث الثاني من هذا الفصل دراسة وتوجيه هذه الإشكاليات بما يتفق وأحكام الفقه الإسلامي إن أمكن، وفي حالة عدم إمكانية التوجيه أقترح التعديل الواجب لموافقتها لأحكام الفقه الإسلامي، معتمدا في ذلك على المعاني، والمقاصد بصرف النظر عن الشكليات، مع مراعاة الطبيعة الخاصة لعقود المقاسمة، وذلك عندما يكون لهذه الطبيعة دور في الحكم.

الأجرة والإشكاليات التي تثيرها.

إن عقود المقاسمة من باب الإجارة، والأجرة أحد طرفي المعقود عليه في الإجارة، والعلم بها وتخليصها من الجهل المفضي للمنازعة شرط لصحة العقد باتفاق الفقهاء[2]، وقبل عرض الإشكاليات التي تثيرها الأجرة، أبين ما هي الأجرة في عقود المقاسمة.

لقد نصت اتفاقيات عقود المقاسمة، وقانون البترول على أن النفط المستخرج يقسم بين الدولة والشركة، وذلك وفقا للنسبة المذكورة، ويقسم النفط بعد خصم التكاليف التي أنفقتها الشركة خلال عملية الاستخراج، فهل الأجرة التكاليف، أم الجزء من النفط، أم كلا الأمرين؟.

المراد بالتكاليف والعلم بها.

لقد نص قانون البترول على أن ناتج النفط يقسم بين الدولة والشركة، ويقسم على أساس الأرباح، فقد عنون المشرع المادة الرابعة عشرة من قانون البترول بعنوان (الضرائب

---

(1) إن الشركة لا تستحق الأجرة إلا ببدء الفترة الإنتاجية، وهذا يعني أن بدء الفترة الإنتاجية جزء من المنفعة، وقد بينت المادة الرابعة عشرة الفقرة الثانية من قانون البترول، بأن المراد ببدء الفترة الإنتاجية التاريخ الذي تشرع فيه الشركة في تصدير النفط. انظر: التشريعات النفطية للمرتضي ص 239 وما بعدها.

(2) المحلى لابن حزم 203/8. البيان للعمراني 302/7 - 303، 328. المغني لابن قدامة 5/ 434 - 435، 438، 440. تبيين الحقائق للزيلعي105/5. البحر الزخار للمرتضي 31/5، 51 منح الجليل لعليش 432/7. الإيضاح للشماخي 228/6 وما بعدها.

وتوزيع الأرباح)[1]، وهذا يعني خصم كل النفقات التي أنفقت على عملية الاستخراج، وهذا ما أكدته نصوص قانون البترول، فقد نصت المادة الرابعة عشرة في فقرتها الثانية على:(ويقصد بكلمة الأرباح في تطبيق أحكام الفقرتين 1/أ ، 1/ب بالنسبة إلى أية سنة كاملة بعد بدء الفترة الإنتاجية: مقدار الدخل الناتج لصاحب عقد الامتياز من عملياته في ليبيا بعد استنزال ما تنص عليه الفقرتان - ا، ب - التاليتان بصورة عادلة، وصحيحة، وبقدر ما يكون لازما لعمليات صاحب العقد في ليبيا.

أ - نفقات التشغيل والإدارة التي تحدد تفاصيلها بلوائح.

ب - مبلغ مقابل استهلاك جميع الموجودات في ليبيا بنسبة عشرة في المائة سنويا، ومبلغ مقابل استهلاك جميع المصروفات الرأسمالية في ليبيا بنسبة 5% سنويا، وذلك إلى أن يتم استهلاك كامل الموجودات والمصروفات، أما رصيد ثمن الموجودات المادية التي خرجت عن الاستعمال بصورة دائمة والباقية بدون استهلاك، فيجوز استهلاكه في السنة التي تركت فيها، أو بيعت فيها تلك الموجودات)[2].

إن المصاريف التي أنفقت على عملية الاستخراج تعد بمثابة الأجرة للأعمال المقابلة لهذه المصاريف، وهي ضمن أعمال الاستخراج، بل تمثل جانبا كبيرا منها، وتحديد هذه الأجرة يتم وفقا لأسس ومعايير متعارف عليها عند أهل المهنة، كما يتم تحديد الأسس التي قد تثير النزاع أثناء التعاقد، فمثلا، مرتبات الموظفين تحدد وفقا للقانون السائد في الدولة، والذي يحدد مرتبات الموظفين المحليين والأجانب، والميزات المالية والعينية التي يتمتع بها العاملون في هذا المجال، ومن الأمثلة أيضا، تحديد القانون والاتفاقيات للنظام المحاسبي المتبع في حساب النفقات.

إن النفقات التي يتم استنزالها قبل توزيع الأرباح تعد أجرة لما أنفقت من أجله، وهي غير معلومة القيمة أثناء العقد، كما أن استحقاقها مرتبط باستخراج النفط، وما ذكرته بشأن الأجرة هو ما عليه العمل الآن في عقود المقاسمة، وذلك وفقا لما ورد بمذكرة المؤسسة، وما

---

(1) التشريعات النفطية للمرتضي ص 240.

(2) التشريعات النفطية للمرتضي ص 242.

تتضمنه نصوص قانون البترول، وتعديلاته، ولوائحه التنفيذية، وإفادة مركز بحوث النفط[1].

إن الأجرة في عقود المقاسمة مجهولة جملة؛ معلومة تفصيلا، فنص القانون والاتفاقيات على أسس تحديدها يعني العلم بالتفصيل، وهذا يجعلها معلومة وقت التسليم دون منازعة، فالجهل بالجملة لا يفضي للمنازعة، ويترتب على هذا دخوله ضمن الجهل المعفو عنه، كما أن طبيعة العقد تقتضيه، لأنه لا يمكن العلم بالجملة أثناء العقد، لعدم تحديد الأعمال المقابلة لها، لأن منفعة عقود المقاسمة نتيجة معينة، وهي بمثابة العمل الموصوف، و تحققه نسبية، والراجح في الفقه الإسلامي صحة انتفاء الجهالة المانعة من الصحة بالعلم بالتفصيل، ولو جهلت الجملة، ومن اشترط العلم بالجملة لم يلتزمه، بل خرج عنه كلما دعت ضرورة العقد لهذا، وقد بينت في عقود الاستكشاف دلالة تطبيقات الفقهاء على اتفاقهم على صحة العقد إذا علمت الأجرة تفصيلا، ولو جهلت جملتها إذا انتفت الجهالة المفضية للمنازعة، ووفقا لطبيعة العقد[2].

إن الأجرة في ذاتها معلومة حكما أثناء العقد، وذلك بتضمن العقد والقانون أسس تحديدها دون نزاع أثناء العقد، وهذا كاف في انتفاء الجهل المؤثر في صحة الإجارة.

إن تحقق العلم بالمنفعة ذاتها لم يمنع من إثارة الجهالة حولها، وذلك لارتباطها بأمور أدى هذا الارتباط لإثارة الجهالة بشأنها، ويثار الجهل حول المنفعة من عدة جوانب أهمها:

-1 ارتباطها بتمام المنفعة التي وقع عليها العقد، ولا تتجزأ بحسب العمل المنجز، فالشركة لا تستحق شيئا من الأجرة إلا بتمام العمل، وتحقق المنفعة المقصودة، وهي استخراج النفط، وهذا يجعل الأجرة معرضة لخطر العدم، لتعرض المنفعة لخطر العدم، فإذا تم استخراج

(1) لقد نص قانون البترول على أن استنزال المصاريف بعد بدء الفترة الإنتاجية، والفترة الإنتاجية تبدأ بعد استخراج النفط، وفقا لتحديد القانون لها، وقد سبق ذكر النصوص الدالة على وجوب رد النفقات في عقود الاستكشاف، والقانون جمع بين أحكام عقود الاستكشاف، والاستخراج فيما يتعلق بكثير من الأحكام، منها رد النفقات، وكيفية حسابها، وزمنه، وما يتعلق بها من أحكام، انظر التشريعات النفطية للمرتضي ص 242. انظر أيضا فيما يتعلق بالنفقات مذكرة المؤسسة البند الأول، كما دل على الأحكام السابقة تقرير مركز بحوث النفط.

(2) انظر مثلا: بدائع الصنائع للكاساني 159/5. المغني لابن قدامة 495/5، 510. روضة الطالبين للنووي 278/4. مواهب الجليل للحطاب 401/5 - 405.

النفط استحقت الشركة الأجرة، وإذا لم يتم استخراج النفط لا تستحق الشركة أجرة ما أنجزت من العمل.

2- إن الأجرة لا تستحق إلا بعد الشروع في تصدير النفط، والعقود والقانون نصت صراحة على هذا، لأن استنزال النفقات والمصاريف يتم بعد بدء الفترة الإنتاجية، وهي المرحلة التي تشرع الشركة فيها ببيع النفط، كما أن النفقات تخصم من إنتاج النفط، ولا تدفعها الدولة من خزينتها، وهذا ما أكدته مذكرة المؤسسة، ونص عليه القانون(1).

3- إن الأجرة في عقد الإجارة تقع في ذمة المستأجر، والأجرة هنا يشترك في دفعها الشركة المستخرجة، والدولة، لأنها تخصم من نصيب الطرفين، وهذا يفضي للجهل بالأجرة.

هذه أهم الإشكاليات الواردة على النفقات كأجرة في عقود المقاسمة، ودراسة هذه الإشكاليات وتوجيهها موضوع المبحث الثاني.

تقسيم النفط بعد خصم التكاليف.

تنص عقود المقاسمة على مقاسمة الإنتاج بين الدولة الليبية والشركة بنسبة 51% للدولة، 49% للشركة، وتمثل الدولة الليبية المؤسسة الوطنية، ويقسم النفط وفقا للنسبة السابقة بعد استنزال النفقات المشار إليها في الفقرة السابقة(2).

إن عقود المقاسمة إجارة، والإجارة معاوضة الأجرة للمنفعة، والمصاريف والنفقات التي تسترد أجرة لأعمال الاستخراج المقابلة لها، فهل نصيب الشركة جزء من الأجرة أم لا؟ وإذا لم يكن جزءا من أجرة أعمال الاستخراج، فما هي المنفعة المقابلة لنصيب الشركة من النفط ؟.

إن الشركة المستخرجة للنفط تقوم بكل ما تقتضيه عملية الاستخراج، فهي ملزمة باختيار الموظفين، وتدريبهم إن دعت الحاجة، وهي التي تحدد ما يلزم أعمال الاستخراج من

(1) التشريعات النفطية للمرتضي ص 240 وما بعدها. مذكرة المؤسسة البند الأول الفقرة الأولى.

(2) مذكرة المؤسسة البند الأول الفقرة الأولى.

معدات، وآلات، وتختار هذه الآلات، كما تقوم بأعمال الإدارة، وغيرها مما هو ضروري لتحقيق منفعة العقد وفقا للطرق العلمية المتعارف عليها، والمصاريف التي تستنزل قبل تقسيم النفط لا تغطي إلا ما أنفق فعلا في عملية الاستخراج، أما قيمة دور خبرة الشركة في اختيار الموظفين مثلا، ومما لا تنفق فيه مالا وله قيمة، لا تشمله المصاريف التي تسترد قبل توزيع النفط، وهذا يعني أن نصيبها من النفط مقابل للدور الذي تقوم به، ولا تصرف فيه نفقات تسترد، إلا أن النصيب كأجرة ترد عليه عدة إشكاليات أهمها:

-1 إن الإجارة بجزء من عمل العامل، محل خلاف بين الفقهاء، فقد أجازها المالكية، والحنابلة، والشيعة، والظاهرية بشروط[(1)]، ومنعها الأحناف، واحتجوا بعدم قدرة المؤجر بتسليم الأجرة، ولانتفاع المستأجر بعمله[(2)]، ووافق الأحناف الشافعية في القول بعدم صحة الإجارة بجزء من عمل العامل لعدم القدرة على الأجرة حالا[(3)].

-2 من الشروط التي ذكرها من أجاز الأجرة بجزء من عمل العامل رؤية ما وقع عليه العقد، لتحقق العلم بالأوصاف، والقدر ولو بالتخمين[(4)]، والنصيب من النفط هنا مجهول القدر أثناء العقد، وإن علمت الأوصاف، والعناصر الأخرى، فنصيب الشركة مجهول، لعدم القدرة بالعلم به ولو تخمينا، لأن نصيب الشركة هو جزء من النفط بعد استنزال المصاريف، وجملة المصاريف مجهولة أثناء العقد، أما عناصر النفط غير القدر، والأوصاف المعتبرة فهي معلومة، حيث يتم اختبار النفط في فترة الاستكشاف، وقبل البدء في استخراج النفط، والاختبار يحدد نوع النفط، وأوصافه المعتبرة عادة، ويحدد تجارية النفط بالحوض من عدمها[(5)]، وهذا يعني أن العناصر غير القدر، والأوصاف المعتبرة معلومة أثناء العقد.

-3 إن جهالة النصيب كأجرة ظاهرة، ولذا ذهب الفقهاء ما عدا الحنابلة إلى أن الأصل

---

(1) انظر مثلا: المحلى لابن حزم 198/8 – 199. المغني لابن قدامة 442/5، 495. البحر الزخار للمرتضي 81/5. مواهب الجليل للحطاب 400/5، 404.

(2) انظر مثلا: بدائع الصنائع للكاساني 192/4. شرح فتح القدير لابن الهمام 108/9.

(3) انظر مثلا:مغني المحتاج للشربيني335/2.

(4) انظر مثلا: المغني لابن قدامة 495/5. البحر الزخار للمرتضي 81/5. مواهب الجليل للحطاب 400/5.

(5) هذا ما أفاد به مركز بحوث النفط بالمؤسسة.

في المضاربة وما في معناها عدم الصحة، لأنها إجارة مجهولة، فالمضاربة ضرب من الإجارة، واعتبار النصيب جزء من الأجرة يعني أن الأجرة مجهولة، وقد ذكر أكثر الفقهاء بأن هذه العقود استثناء من الإجارة المجهولة، وذلك بالنظر إلى النصيب كجزء من الأجرة، أما الحنابلة فقد خالفوا المذاهب الأخرى في اعتبار هذه العقود جاءت على خلاف القياس، وأما الجهل بالنصيب فقد فرضته طبيعة العقد، ولعدم الاحتراز منه دخل ضمن الجهل المعفو عنه، وليس من باب الجهل المؤثر في الصحة، حتى يمكن القول بأن هذه العقود خروج عن الأصل، وقد بيت هذه المسألة في الباب الأول والثاني من هذا البحث[1].

إن النصيب من نتاج العمل، وهو مجهول، فلا يصلح أن يكون أجرة في الأ صل، لأن عقود النفط إجارة، والإجارة يشترط فيها العلم بالأجرة، والنصيب بعد خصم التكاليف لم يجزه الفقهاء في الأصل عوضا للمنفعة إلا في عقود النماء كالمضاربة، وعقود النفط ليست من عقود النماء.

هذه أهم الإشكاليات الواردة على الأجرة في عقود مقاسمة الإنتاج، وفي المبحث الثاني أحاول دراسة هذا الإشكاليات، وتوجيهها.

الإشكاليات التي تثيرها عقود الامتياز.

لا يوجد اختلاف كبير بين عقود المقاسمة، وعقود الامتياز فيما يتعلق بالمسألة محل البحث، وسأركز على مواطن الاختلاف المؤثرة في اكتناف الجهل للعقد، ولو كان هذا الاختلاف مقتصرا على الظاهر.

فكرة موجزة عن عقود الامتياز.

تلتزم الشركة في عقود الامتياز باستخراج النفط، والقيام بكل ما من شأنه تحقق هذه الغاية، وذلك وفقا للطرق العلمية المتعارف عليها في هذا المجال، كما تلتزم الشركة ببعض الأعمال المعينة، والتي نص عليها القانون واتفاقيات عقود الامتياز، وهذه الأعمال المعينة

(1) انظر مثلا: المقدمات لابن رشد 3/ 6. المغني لابن قدامة 38/5. تبيين الحقائق للزيلعي 514/5. حواشي الشرواني وابن القاسم للشرواني وغيره 82/6. الروض النظير للسياغي 346/3. الإيضاح للشماخي6/5.

واردة على سبيل الاستثناء، فالالتزام الأصلي للشركة استخراج النفط وفقا للطرق العلمية المتعارف عليها، ولها اتخاذ ما من شأنه تحقيق هذه النتيجة، أما الأعمال المعينة فهي واردة على سبيل الاستثناء، وقد ذكرت نماذج منها في عقود المقاسمة، كردم الحفر، وتصريف الزيوت، وفي مقابل قيام الشركة باستخراج النفط يحق لها استرداد كل ما أنفقته على أعمال الاستخراج، وما تتطلبه من معدات، وعناصر بشرية، وإدارة، وغيرها من المصروفات، والتي أطلق عليها القانون لفظ النفقات الرأسمالية، وما بقي من إنتاج النفط يقسم بين الدولة الليبية، والشركة، ونصيب الدولة يدفع في صورة رسوم، وإيجارات، وإتاوات[1].

الوصف الشرعي لعقود الامتياز.

إن الوصف الشرعي لعقود الامتياز لا يختلف عن الوصف الشرعي لعقود مقاسمة الإنتاج، وذلك لاتحاد العقدين في عناصر تحديد الوصف، فعقود الامتياز إجارة أيضا، لأن أحد طرفي المعقود عليه منفعة، وليست من باب المضاربة للأسباب التي ذكرتها في عقود المقاسمة[2].

إشكاليات عقود الامتياز.

إن عقد الامتياز من باب الإجارة، وطرفي المعقود عليه للعقد المنفعة، والأجرة، كما هو الحال في عقود المقاسمة، ولمعرفة الإشكاليات التي يمكن إثارتها حول عقود الامتياز نتعرف على المنفعة والأجرة.

---

(1) لقد اعتمدت على نفس المصادر التي اعتمدت عليها في تقديم فكرة موجزة عن عقود المقاسمة. انظر مثلا: التشريعات النفطية للمرتض ص 234 - 243، 277، 279.

(2) لم نتعرض لعقود الامتياز ونظام الاقطاع، وذلك لأن عقود الامتياز وإن كان في ظاهرها اقطاع جزء من الأرض لاستخراج النفط منه مقابل رسوم وإيجارات، وإيتاوات تدفع للدولة، إلا أنها تعود في نهايتها إلى مقاسمة النفط وفقا لنسبة تحددها العقود، والقانون، حيث أن المبالغ المدفوعة للدولة يشترط فيها ألا تزيد ولا تنقص عن النسبة المحددة بموجوب العقود، فإذا زادت هذه المبالغ عن النسبة تسترجع الشركة الزائد، وإذا قلت هذه المبالغ عن تلك النسبة تسترد الدولة ما زاد، ففي النهاية يتم تقسيم الإنتاج وفقا للنسبة المحددة، والرسوم والإيجارات بمثابة مبلغ تحت الحساب.

إن المنفعة في عقود الامتياز هي نفسها في عقود المقاسمة، وهي استخراج النفط وفقا للطرق المتعارف عليه، وتشمل المنفعة على سبيل الاستثناء بعض الأعمال المعينة، وعقود الامتياز محددة بمدة كما هو الحال في عقود المقاسمة، فعناصر وأسس الحكم على المنفعة بالعلم أو الجهل واحدة في العقدين، وعليه فإن نفس الإشكاليات التي تثيرها عقود المقاسمة للجهل بالمنفعة تثيرها عقود الامتياز للجهل بالمنفعة، وما قيل هناك يقال هنا، ولا حاجة للتكرار.

الأجرة وإشكالياتها.

للشركة الحق في استرداد النفقات والمصاريف، وذلك وفق العقود المبرمة، ونصوص قانون البترول، أما النفط فظاهر نصوص القانون وبنود العقود يدل على أنه للشركة مقابل دفعها أجرة في شكل رسوم، وضرائب للدولة الليبية، فالأجرة هنا مزدوجة كما هو الحال في عقود المقاسمة، إلا أن شكل دفع جانب من الأجرة مختلف عن عقود المقاسمة، والجانب المختلف هو النصيب، ولهذا سأركز عليه في بيان إشكاليات الأجرة، أما رد المصاريف والنفقات التي تكبدتها الشركة خلال عملية الاستخراج، فهي لا تختلف عما عليه الحال في عقود المقاسمة، فجميع النفقات تسترد، وهي معلومة حكما، حيث تضمنت العقود، والقانون أسس تحديدها، والجهل بالجملة لا يمنع من صحتها، وقد أوضحت هذا في عقود المقاسمة، والأمر هنا لا يختلف عنه كثيرا بحيث يؤدي إلى اختلاف الحكم فيما يتعلق بجهالة الأجرة، فإن ظاهر النصوص يوحي بالاختلاف، وسأحاول بيان الفرق بين العقدين.

نصيب الشركة من النفط في عقود الامتياز.

ينص قانون البترول، والعقد النموذجي على أن الشركة ملزمة بدفع رسوم وإيجارات، وإتاوات للدولة، وذلك مقابل استغلال مساحة محددة لاستخراج النفط، والظاهر يقضي بأن النفط المستخرج للشركة، وقد نص القانون في المادة الثالثة عشرة، والرابعة عشرة على الرسوم، والضرائب، والإتاوات، والتي تعتبر بمثابة أجرة الأرض ظاهريا، فعندما نظمت المادة الثالثة عشرة الإيجارات التي تدفع خلال فترة الاستكشاف، تلتها بالإيجارات التي تدفع خلال فترة الاستخراج، فقد نصت المادة الثالثة عشرة على:

(-1 يجب على صاحب العقد بالنسبة إلى كل عقد صادر وفقا لأحكام هذا القانون أن يدفع الرسوم، والإيجارات، والإتاوات التالية:

ب – إيجارا سنويا عن كل مائة كيلو متر مربع من المنطقة التي يشملها العقد، ومبلغا متناسبا عن أجزاء المائة، وذلك على الوجه التالي:

أولا- بالنسبة للمناطق الواقعة في القسمين الأول والثاني.... على أنه في حالة عثور صاحب عقد الامتياز على نفط بكميات تجارية خلال مدة الخمس عشرة سنة المذكورة يزاد الإيجار فورا إلى 2500 د. ل سنويا لما تبقى من تلك المدة، وتحسب نفس النسبة من الإيجار عن السنة التي عثر خلالها على النفط المذكور.

ثانيا- بالنسبة إلى المناطق الواقعة في القسمين الثالث والرابع.... على أنه في حالة عثور صاحب عقد الامتياز على نفط بكميات تجارية خلال مدة الخمس عشرة سنة المذكورة يزاد الإيجار فورا إلى 2500 د.ل سنويا لما تبقى من تلك المدة، وتحسب نفس النسبة من الإيجار عن السنة التي عثر خلالها على النفط المذكور.

ثالثا- 3500 د.ل لكل سنة من السنوات الخمس التي تبدأ من تاريخ انتهاء السنة الخامسة عشرة إلى تاريخ انتهاء السنة العشرين من تاريخ منح العقد.

رابعا - 500 د.ل لكل سنة من السنوات المتبقية من العقد.

ج- إتاوة بنسبة ستة عشرة، وسبعة وستين في المائة من قيمة الإنتاج الكلي للحقل من جميع الغازولين الطبيعي الذي يحصل عليه صاحب العقد، وجميع النفط)[1].

أما المادة الرابعة عشرة فقد تناولت الضرائب التي تدفعها الشركة للدولة حيث نصت على:(-1 يدفع صاحب عقد الامتياز ضريبة الدخل، وغيرها من الضرائب، والعوائد التي تفرضها القوانين الليبية)[2].

إن التزام الشركة صاحبة عقد الامتياز بدفع رسوم، وإيجارات، وإتاوات للدولة مقابل استغلال الأرض لاستخراج النفط هو ما عليه العمل الآن، وذلك وفقا لما ورد بمذكرة المؤسسة[3].

(1) التشريعات النفطية للمرتضي ص 238 – 239.

(2) التشريعات النفطية للمرتضي ص 238 – 239.

(3) المرجع السابق ص 340.

إن ظاهر نصوص القانون، وبنود العقود يفيد بأن عقد الامتياز عبارة عن إجارة للأرض، فالمنفعة استغلال الأرض، والأجرة الرسوم، والإيجارات، والإتاوات، إلا أن طريقة دفع وحساب هذه الأجرة يخالف اعتبار العقد إجارة للأرض مقابل أجرة معينة، وإليك البيان.

إن المشرع عنون المادة الرابعة عشرة سالفة الذكر تحت عنوان: (الضرائب وتوزيع الأرباح)[1]، و توزيع الأرباح يخالف طبيعة عقد الإجارة عموما، فالأجرة في عقد الإجارة عبارة عن ثمن المنفعة، وقيمتها وفقا لتقدير المتعاقدين، أما الأرباح فهي عبارة عن نماء الشيء لا قيمته، ولأنه نماء، فلا يمكن معرفة قدره أثناء التعاقد، وذلك لتدخل عدة عوامل في تحديد قدره، ومنها ما هو خارج إرادة الطرفين، ولهذا اتفق الفقهاء على أن العمل في الشيء بنمائه في الأصل إجارة مجهولة كما سبق.

إن طريقة دفع، وحساب الضرائب، والإيجارات، والإتاوات يخالف معنى إجارة الأرض لاستيفاء منفعتها، فالضرائب وما معها لا تتجاوز نسبة معينة من الأرباح، إذا زادت عن هذه النسبة تخفض، وإذا نقصت عن هذه النسبة تزاد حتى تصلها، والنسبة من الأرباح من إجمالي ناتج النفط، فقد نص القانون والاتفاقيات على أن الضرائب، والإتاوات والإيجارات التي تدفع للدولة 65% من النفط المستخرج بعد خصم التكاليف، وإذا زادت هذه المدفوعات عن هذه النسبة تسترد الشركة الزائد، وإذا نقصت هذه المدفوعات عن هذه النسبة تدفع الشركة ضرائب إضافية حتى تصل المدفوعات إلى النسبة المتفق عليها، والنسبة المذكرة لا تشمل 67-16%، وكل هذه النسب تحسب بعد خصم النفقات[2].

---

(1) مذكرة المؤسسة الفقرة الأولى.

(2) لقد تناولت المادة الرابعة عشرة فقرة 1/ ا، ب، كيفية حساب الضرائب، والرسوم، والإيجارات، والإيتاوات، ففي الفقرة الأولى نصت على:(إذا كان مجموع ما دفعه صاحب عقد الامتياز في أية سنة كاملة لاحقة لبدء الفترة الإنتاجية من الرسوم، والإيجارات، والإيتاوات باستثناء 67-16% من قيمة النفط الخام المصدر كما هي معرفة فيما بعد التي نص هذا القانون على دفعها، وضرائب الدخل وغير ذلك من الضرائب المباشرة المستحقة عن مزاولة أعماله، وعن الدخل الذي يحصل عليه منها، وذلك بالنسبة إلى جميع عقود الامتياز الصادرة له في ليبيا يقل عن خمسة وستين في المائة من أرباحه في تلك السنة، على النحو الموضوع بعد، وجب على صاحب العقد أن يدفع لوزارة النفط ضريبة إضافية، بحيث يصبح مجموع مدفوعاته مساويا خمسة وستين بالمائة من تلك الأرباح)،

إن ظاهر نص القانون، والعقد النموذجي، وما نصت عليه الاتفاقيات تدل على أن عقد الامتياز عبارة عن إجارة الأرض مقابل استيفاء منفعتها، إلا أن المضمون يدل على خلاف هذا، فالأمر ينتهي إلى ما انتهت إليه عقود المقاسمة، أي استخراج النفط مقابل جزء من الأرباح، كالنصف، أو الربع، وذلك وفقا للنسبة المتفق عليها، وتقسيم الناتج على أساس الأرباح يعني استرداد التكاليف قبل التقسيم، وهذا لا يختلف عن عقد المقاسمة في عناصره الأساسية والمؤثرة في تحديد طبيعة العقد، وإشكالياتها بشأن الجهالة، وعليه فإن إشكاليات عقود المقاسمة هي إشكاليات عقود الامتياز، وتوجيه عقود المقاسمة توجيه لعقود الامتياز، ولا حاجة للفصل بينهما في الدراسة والتوجيه، وهذا ما سأسلكه في المبحث الثاني.

ونصت الفقرة 1/ب على: (إذا كان مجموع ما دفعه صاحب عقد الامتياز في أية سنة كاملة لاحقة لبدء الفترة الإنتاجية من الرسوم، والإيجارات، والإيتاوات باستثناء 67-16% من قيمة النفط الخام المصدر كما هي معرفة فيما بعد التي نص هذا القانون على دفعها، وضرائب الدخل وغير ذلك من الضرائب المباشرة التي يكون صاحب العقد ملزما بدفعها على الوجه المبين فيما تقدم يزيد عن خمسة وستين في المائة من الأرباح المذكورة التي حققها صاحب عقد الامتياز خلال تلك السنة، حق له أن يقتطع هذه الزيادة من ضريبة الدخل والضريبة الإضافية وغيرهما من الضرائب المباشرة المستحقة في تلك السنة أو السنوات التالية.). انظر التشريعات النفطية للمرتضي ص 240 - 241.

المبحث الثاني

دراسة الإشكاليات، وتوجيهها

إن عقود الاستخراج تنقسم إلى ثلاثة أقسام، وهي عقود مقاسمة الإنتاج، وعقود الامتياز، وعقود التطوير، والأخيرة تأخذ صورة مقاسمة الإنتاج، ولهذا دمجتها في عقود المقاسمة، وقد فرقت في عقدي المقاسمة والامتياز بين رد النفقات والمصاريف وبين تقسيم الباقي من النفط بعد استنزال المصاريف، وقد بينت أن عقود المقاسمة والامتياز لا تختلف من حيث المضمون، والعناصر المكونة للعقدين، ولا يؤثر الاختلاف الظاهري والذي اقتصر على الشكل في تحديد وصف العقد، وإثارة الإشكاليات بشأن الجهل بالمعقود عليه، ففيما يتعلق برد المصاريف والنفقات الصورة واحدة، حيث أن ما يستنزل في عقود المقاسمة يستنزل في عقود الامتياز، وجملة المصاريف مجهولة أثناء العقد في كلا العقدين، وأسس تحديد الأجرة تضمنها العقدان، وكذلك طريقة تقسيم النفط، فالنفط المستخرج يقسم بين الشركة والدولة الليبية وفقاً لنسبة معينة تحددها الاتفاقيات، وقانون النفط ولوائحه التنفيذية، ولا يختلف الأمر بين العقدين إلا في شكل التقسيم، حيث تحدد النسبة من الأرباح بشكل مباشر في عقود المقاسمة، وتدفع على هيئة ضرائب، ورسوم، وإيجارات، وإتاوات في عقود الامتياز، وعليه يتم دراسة، وتوجيه إشكاليات عقود الاستخراج بشكل عام، و دون فصل بين عقود المقاسمة، وعقود الامتياز.

لقد أثيرت عدة إشكاليات فيما يتعلق بالجهالة، وهذه الإشكاليات بعضها يتعلق بالمنفعة، وبعضها يتعلق بالأجرة، وأحاول توجيه هذه الإشكاليات تباعا.

الإشكاليات المتعلقة بالمنفعة.

إن المنفعة في عقود الاستخراج هي استخراج النفط، والبدء في تصديره وفقاً للطرق العلمية المتبعة، والمتعارف عليها عند أهل المهنة، كما شملت المنفعة بعض الأعمال المعينة على سبيل الاستثناء، وتحقيق هذه المنفعة يتم في مدة معينة، تحددها اتفاقيات العقود وقانون البترول، وقد أثيرت عدة إشكاليات أحاول توجيهها تباعاً.

1- التعاقد على استخراج النفط والبدء في تصديره.

إن استخراج النفط والبدء في تصديره هو المنفعة التي وقع عليها العقد، وهذه المنفعة مجهولة، أو معدومة أثناء العقد، وهذه تعد ثمرة للعمل، ونتيجته، والعقد على ثمرة العمل باطلة للجهل من حيث الأصل، إلا أن تطبيقات الفقهاء دلت على إجازتها على سبيل الاستثناء، والخروج عن هذا الأصل، ولم يختلف الفقهاء في مبدأ الخروج عن هذا الأصل، وإنما اختلفوا في حدوده، فمنهم من توسع، ومنهم من ضيق، وقد اعتمدوا على الموازنة بين الأضرار، واختلافهم مبني على تقدير الأضرار، وتحديد من هو الأولى بتحمل خطر انعدام المنفعة، لأن تخليص العقد من الجهل في بعض صور الإجارة غير مقدور عليه، ومن الأمثلة التي خرج فيها الفقهاء عن الأصل، حفر الآبار مع مشارطة خروج الماء، والكراء على البلاغ، وبيع الثياب، وقد أوضحت في عقود الاستكشاف دلالة تطبيقات الفقهاء على اتفاقهم على خروجهم عن الأصل، والقول بصحة الإجازة إذا كانت المنفعة ثمرة العمل، ولو كانت مجهولة[1].

إن الدولة الليبية لا تنتفع بالنفط إلا بخروجه، وبالتالي فإن العمل لا يمكن أن يتجزأ، ولا ينتفع بجزئه، وهذا يتشابه مع المنفعة في عقود الاستكشاف، والمنفعة في عقود الاستكشاف لا تخالف أحكام الفقه الإسلامي لتضمنها المعنى الذي اعتمد عليه الفقهاء في خروجهم عن الأصل، وكذلك الأمر هنا في عقود الاستخراج، فالدولة الليبية لا تستفيد من أعمال الاستخراج إلا باستخراج النفط، فالموازنة بين الأضرار، وأولوية تحمل المخاطر تقضي بارتباط الأجرة باستخراج النفط، وكذلك اتجاه إرادة المتعاقدين إلى استخراج النفط، وأنه المنفعة المقصودة.

إن إشكالية التعاقد على ثمرة العمل، ونتيجته يمكن توجيهها شرعياً بما ذكر في عقود الاستكشاف، أما مسألة الارتباط بتصدير النفط، أو ما يعرف ببدء الفترة الإنتاجية، والبدء في تصدير النفط في عقود الاستخراج فهي تختلف عنها في عقود الاستكشاف، ولا يمكن تطبيق ما ذكر في عقود الاستكشاف على عقود الاستخراج فيما يتعلق ببدء الفترة الإنتاجية.

---

(1) انظر مثلاً: البيان للعمراني 7/ 294. البيان والتحصيل لابن رشد 8/ 136 - 137. المغني لابن قدامة 461/5، البناية للعيني 10/ 245 - 246.

إن المراد ببدء الفترة الإنتاجية الشروع في تصدير النفط، وليس تصديره فعلاً، وذلك وفقاً لتعريف قانون البترول لها، فقد نصت المادة الرابعة عشرة في فقرتها الثانية على:(ويقصد بعبارة «بدء الفترة الإنتاجية» التاريخ الذي يشرع فيه صاحب عقد الامتياز لأول مرة بتصدير النفط بصورة منتظمة، وبكميات تجارية، أو بيع النفط بصورة منتظمة وبكميات تجارية، وذلك من أي عقد من عقود الامتياز الممنوحة في ليبيا)[1].

إن الشروع في التصدير، أو البيع هو مرحلة من مراحل الاستفادة من النفط المستخرج، وبالتالي فهو جزء من المنفعة التي وقع عليها العقد، بخلاف الحال في عقود الاستكشاف، فإن أعمال الاستكشاف تتحقق نتيجتها منفصلة عن بدء الفترة الإنتاجية،ولا يمكن القول بأن المراد هو تغطية نفقات، ومصاريف أعمال الاستخراج من النفط، لأن الشروع في التصدير، أو البيع لا يمكن من تغطية النفقات، وإنما يمثل نقطة البداية للاستفادة من النفط المستخرج، أي قبل هذه المرحلة لا يستفاد من استخراج النفط عادة، وإن وقع وانتهى العقد، واستفادت الدولة من أعمال الاستخراج فتطبق عليها الأحكام الاستثنائية، والتي تقضي باستحقاق أجرة ما تم من العمل المستفاد منه، وبقدر الاستفادة، أو الرجوع إلى القواعد العامة للالتزام، ومنها الإثراء بلا سبب، وذلك إذا أكملت شركة أخرى عقد الاستكشاف، واستفادت من عمل الشركة التي انتهى، أو فسخ عقدها قبل استخراج النفط، وقد أشرت إلى هذه المسألة في عقود الاستكشاف، أما مسألة اشتمال العقد على بعض الأعمال المعينة، وبعض الأوصاف لبعض الأعمال، وتعارض هذا مع العقد على ثمرة العمل، ونتيجته فهو لا يختلف عما ورد في عقود الاستكشاف، فإن الأعمال المعينة، أو بعض الأوصاف لبعض الأعمال واردة على سبيل الاستثناء، وليس المراد منها تحديد طريقة، أو عمل الوصول لنتيجة العمل، والتي تمثل المنفعة التي وقع عليها العقد، وإنما المراد من تحديد هذه الأعمال، أو وصفها منع ضرر دفعه أولى من مصلحة حرية الشركة في تحديد طريق الوصول إلى نتيجة العمل، والاعتبارات التي اقتضت صحة اشتمال العقد على أعمال معينة فرضتها الطبيعة الخاصة لعقود الاستخراج، كما حصل في عقود الاستكشاف، بل هي في عقود الاستخراج من باب أولى لزيادة حجمها وخطرها في عقود الاستخراج عنها في عقود الاستكشاف، فمثلا الحفر الواجب ردمها لا تتجاوز ما

(1) التشريعات النفطية للمرتضى ص 241 - 242.

تقتضيه عملية الاختبار، أما في عقود الاستخراج فإن عدد الحفر الواجب ردمها وحجم الزيوت أضعاف ما حصل في عقود الاستكشاف.

2- الجمع بين المدة والعمل.

إن المنفعة في الإجازة بحسب الأصل تحدد بالمدة، أو بالعمل، وذهب الفقهاء إلى عدم صحة الجمع بين المدة، والعمل، وذلك إذا كان الزمن لا يسع العمل للجهالة المفضية للمنازعة، ومنع الجمع بين المدة، والعمل في تحديد المنفعة ليس لذاته، وإنما كان لمنع الجهالة، ولهذا ارتبطت أحكام الجمع بين المدة، والعمل في المنفعة بهذا المعنى، وعليه لم يتردد الفقهاء في وجوب الجمع بين المدة، والعمل إذا كان الجمع واجباً لمنع الجهالة،إلا أن بعض الفقهاء صرح بذلك، وبعضهم اقتصر على تضمينه للتطبيقات، فمثلاً، فقهاء المالكية، والظاهرية، والشيعية صرحوا بأن طبيعة العقد هي التي تحدد حكم الجمع، ووافقهم بعض فقهاء الشافعية[1]، أما الأحناف، والراجح عند الحنابلة، وبعض فقهاء الشافعية فذهبوا إلى عدم صحة الجمع بين المدة والعمل في الأصل، إلا أن بعض التطبيقات دلت على وجوب الجمع، فمن ذلك مثلاً، إجارة المباني للسكن، أو التجارة، لابد من بيان المدة، وبيان ما وضع فيها إن كان يختلف، وهذا وصف للعمل والمدة[2].

إن الجمع بين المدة، والعمل يخضع لطبيعة العقد ويرتبط بالجهالة، وعقود الاستخراج طبيعتها تقتضي الجمع بين المدة، والعمل، فالنفط يمثل عصب الحياة الاقتصادية في كثير من دول العالم، وفي ليبيا تقوم عليه مشاريع البنية التحتية، واقتصاد الدولة عموماً، وتهاون الشركة، وتأخرها في استخراجه يضر باقتصاد الدولة، ويرتب خسائر أكثر من عائدات النفط لتلك الفترة أحيانا، فالوقت له دور كبير خاصة في الصناعات الحديثة، إلا أنه يشترط لصحة الجمع بين المدة والعمل أن يكون الزمن يكفي لأداء العمل، وفقاً لعرف أهل المهنة، ولا يعود بالجهالة المفضية للمنازعة على العقد.

---

(1) انظر مثلاً: المحلى لابن حزم 183/8، البيان للعمراني 7/ 302 - 303.. البيان والتحصيل لابن رشد 8/ 479 وما بعدها. البحر الزخار للمرتضى 5/ 31.. مواهب الجليل للحطاب 5/ 410.

(2) انظر مثلاً: روضة الطالبين للنووي 4/ 263 - 264. شرح فتح القدير لابن الهمام 63/9، الإنصاف للمرداوي 6/ 42.

يتضح مما سبق أن الجمع بين العمل والمدة في عقود الاستخراج واجب تقتضيه طبيعة العقد، والمدة التي ذكرتها العقود تكفي لتمام العمل، وهو لا يخالف أحكام الفقه الإسلامي، ولا يثير إشكالية الجهالة، بل إن الاقتصار على العمل في تحديد المنفعة يترتب عليه الجهالة المفضية للمنازعة.

هذه أهم الإشكاليات الواردة على المنفعة في عقود الاستخراج، وهي لا تختلف باختلاف عقود الاستخراج، فهي واحدة في عقود المقاسمة، والامتياز، والتطوير، وقد وضح العرض السابق شرعية المنفعة في عقود استخراج النفط، وموافقتها لأحكام الفقه الإسلامي، والجهل الذي يكتنف المنفعة تفرضه طبيعة العقود، وهو من الجهل المعفو عنه لعدم إمكانية الاحتراز منه إلا بإلغاء شرعية العقود، وهذا الجهل تجاوز عنه الفقهاء فيما يماثل عقود الاستخراج، بل إن المعاني، والمقاصد التي اعتمد عليها الفقهاء في إجازة كراء الدابة بنصف ربحها، وما يماثلها تقضي بإجازة عقود الاستخراج بصورتها الحالية من باب أولى.

الإشكاليات المتعلقة بالأجرة.

إن الأجرة في عقود استخراج النفط مكونة من أمرين: أولهما المصاريف والنفقات التي أنفقت على أعمال الاستخراج، فتسترد الشركة كل ما دفعته من استهلاك الآلات وأجور العمال، وغيرها من النفقات التي تتكبدها الشركة لاستخراج النفط، وثانيهما هو جزء معين من النفط المستخرج، الربع أو النصف أو الثلث، و يحسب هذا الجزء بعد خصم النفقات السابقة، أي أن التوزيع يتم بطريقة توزيع الأرباح.

إن النفقات والمصاريف كأجرة تعد معلومة حكماً، حيث أن أسس تحديدها واردة بالعقود، بحيث تزال بشأنها أسباب النزاع بشأن الجهل، والجهل بالجملة لا يمنع صحة عقد الإجارة، فلا تثار مسألة الجهالة بسببه.

إشكالية النصيب من النفط.

إن تقسيم الخارج من النفط على أساس الأرباح من خصوصيات عقود النماء، كالمضاربة، والمساقاة، و الإجارة على نماء المال مجهولة في الأصل، وعقود النفط إجارة كما سبق وأن

ذكرت، والعمل لا يقع في النفط، وإنما هو في الأرض، وبالتالي فلا يعد من العمل في شيء ببعض نمائه.

لا نطمع أن نجد حكماً للفقهاء في عقود استخراج النفط، فعقود استخراج النفط من مستجدات التعامل الاقتصادي، وهي من خصوصيات هذا العصر، إلا أن الأصل الفقهي لتأصيل هذه العقود لن يعدم، فمن خلال الإطلاع على مصادر الفقه الإسلامي يتضح بعد نظر الفقهاء وسعة أفقهم، حتى كأنك تشعر بأنهم عاشوا في غير عصرهم، وسأحاول من خلال تطبيقات الفقهاء، وآرائهم تأصيل هذه العقود، وتوجيه الجهالة التي تكتنفها، مع مراعاة الطبيعة الخاصة لعقود الاستخراج، والتركيز على معاني أراء الفقهاء، وما تضمنته التطبيقات من مقاصد.

لقد تضمنت بعض مصادر الفقه الإسلامي نصوصاً ظاهرة الدلالة على جواز عقود الاستخراج، وبعض مصادر الفقه الإسلامي يدل ظاهرها على عدم صحة عقود الاستخراج، ولا تخرج أراء الفقه الإسلامي في مجملها عن هذين الاتجاهين في مسألتنا محل البحث.

الاتجاه الأول.

تدل نصوص الفقه المالكي، والحنبلي على صحة الإجارة بجزء من الربح قياساً على المضاربة، وذلك من خلال بعض التطبيقات، وأحكامهم في بعض النوازل، أو من خلال أحكام استخراج المعادن، ونذكر أهم ما يمكن الاعتماد عليه لتأصيل صحة عقود الاستخراج وكيفية الاستدلال.

-1 لقد اتفق فقهاء المالكية، والحنابلة على صحة الإجارة على حصد الزرع بجزء من الخارج منه كالنصف، والربع[(1)]، إلا أن هذا الحكم لا يمكن التعويل عليه كثيراً في تأصيل عقود الاستخراج، وذلك للاختلاف بين المسألتين، فالزرع مشاهد، ويمكن حرزه، كما أنه لا يقسم تقسيم أرباح، بل هو من باب الإجارة مقابل جزء من العمل، أما عقود الاستخراج

(1) انظر مثلاً: - النوادر والزيادات على ما في المدونة وغيرها من الأمهات -أبوزيد القيرواني – أبو محمد عبد اللـه بن عبدالرحمن أبي زيد القيرواني – تح محمد عبدالعزيز الدناع–(بيروت – دار الغرب الإسلامي – ط الأولى – سنة 1999 م) 13/7 وما بعدها. المغني لابن قدامة 5/ 495. مواهب الخليل للحطاب 5 / 400.

فتقسم كأرباح، أي كعقد المضاربة، وهذا فارق يضعف الاعتماد على حصد الزرع بجزء منه لتأصيل عقود الاستخراج، ولكن يمكن الاستئناس به.

-2 لقد أجاز فقهاء المالكية، والحنابلة العقد إجارة في معنى المضاربة في الأموال التي في معنى النماء، ومن أهم الأمثلة التي ذكرها فقهاء المذهبين، كراء الدابة بجزء من ربحها، وقد عبرت بعض النصوص بلفظ الربح، وذكرت بعض النصوص بأن الإجارة هنا قياساً على المضاربة، من هذه النصوص مثلاً، ما ورد في كتاب المغني لابن قدامة قوله:(إجازة ربح الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها لشبهها بالمضارة، والمساقاة)، [1] ومنها ما ذكره أحمد ميارة بعدما ذكر أجرة الدلال، وكراء السفن ببعض الطعام، وما في حكم هذه الأشياء قال: (إنها في الأصل إجارة مجهولة، إلا أن الضرورة أجازتها، وأجيزت بناء على جواز القياس على المساقاة، والقراض)[2].

-3 لقد وردت بعض النوازل في الفقه المالكي، والتي تدل على صحة الإجارة بمعنى المضاربة في المال الذي في معنى النماء، وقد بينوا بأن الجواز إما قياساً على المضاربة، والمساقاة، وما في حكمهما، أو على معنى إجازة هذه العقود، ومن أمثلة ذلك ما ورد عن الونشريسي في ورقة الحرير، و زريعتها، وأن شرائها فيها يكون بالتساوي، وذلك إذا تعددت الزريعة، ويقول الونشريسي في تبريره للجواز:(إنها جائزة قياساً على المزارعة، وإن كانت رخصة والقياس على الرخص مختلف فيه، ولكن البناء على القول بجوازه ظاهر في مسألتنا للضرورة، والحاجة إليه، ولما يؤدي إليه من إضاعة للمال في بعض الأحوال إن لم يعمل به، وقد علمنا أن أصل الشرع مراعاة هذه المصالح في المزارعة، والقراض، والمساقاة فكذلك مسألتنا)، [3]ومن الأمثلة أيضاً أحواض الملح، فقد روي عن سحنون إجازتها بجزء من الخارج منها، والمزارعة من باب العمل في الأرض ببعض نمائها، أي تقوم على فكرة تقسيم الربح، والمشاركة كالمزارعة، فهي عبارة عن شركة بين صاحب الأحواض بأحواضه، والعامل بعمله، وهم شركاء في النماء [4].

---

(1) المغني لابن قدامة 5/ 447.

(2) ميارة لأحمد ميارة 102/2.

(3) المعيار للونشريسي 61/5.

(4) البيان والتحصيل لابن رشد 1-5/8 وما بعدها.

4- لقد اختلف فقهاء المالكية والحنابلة في العمل في المعدن بجزء منه، فذهب البعض إلى الجواز قياساً على المضاربة، وقال البعض بعدم الجواز لأنه إجارة مجهولة[1]، إلا أن عبارات الفقه المالكي تدل على ترجيح القول بجوازه إذا وقع بصورة المضاربة، أي الاشتراك في النفقة، فالحالة التي وقع عليها الخلاف هي الاستئجار على إخراج المعدن بجزء منه، والنفقة على طرف واحد، فقد ورد في الزيادات بأن الاستئجار على إخراج المعدن بجزء منه، والنفقة على صاحب المعدن غير جائزة، وابن رشد حصر صور الاختلاف في الاستئجار على إخراج المعدن بجزء منه، والنفقة على العامل للجهالة، ولم يتعرض فقهاء المالكية لحالة الاشتراك في المصاريف صراحة، إلا أن ابن رشد نقل في البيان والتحصيل ترجيح بعض فقهاء المذهب لصحة الاستئجار على إخراج المعدن بجزء منه قياساً على المساقاة، والمضاربة، وتطبيقاً لقاعدة ما لم يجز بيعه جاز الاستئجار عليه بجزء منه، وضرب لذلك أمثلة منها، الثمر قبل بدو صلاحه، والعين، فالثمر قبل بدو صلاحه لم يجز بيعه وجازت المساقاة عليه، والعين لما لم يجز بيعها جازت المضاربة عليها[2]، وهذا يدل على إجازتهم للإجارة على المعدن بجزء من الربح، والنفقات على الطرفين كالمضاربة.

تدل النصوص السابقة على اتفاق فقهاء المالكية، والحنابلة على إجازة الإجارة بجزء من الخارج، وذلك إذا كان الخارج في معنى نماء الشيء، فالخارج مجهول، والأصل عدم صلاحيته أن يكون أجرة في عقد الإجارة، ولم يعدل الفقهاء العقد، بل أبقوا عليه، فالعقد إجارة، والأجرة مجهولة، والعقد جائز، إلا أنهم اختلفوا في حدود إجازة العقد على الشيء بجزء منه إجارة، فمنهم من توسع ومنهم من ضيق، ويرجع ذلك لاختلافهم في تقدير تحقق معنى النماء في الشيء، والموازنة بين المصالح، والمفاسد، فتخليص هذه العقود من الجهالة غير مقدور عليه، وذلك بالنظر لثمرة العمل، والإجارة بمبلغ معين جهله أكبر في كثير من الحالات.

إن إجازة الإجارة على المجهول في الأمثلة السابقة، وما شابهها مبني على الموازنة بين المصالح، والمفاسد، فالإجارة على استخراج المعدن، أو استخراج الملح من أحواضه لا يمكن خلوه من الجهل باشتراط أجرة معينة، وهذا في كل ما شابه استخراج المعدن، أو استخراج

(1) انظر مثلاً: البيان والتحصيل لابن رشد 8/ 517 - 518. المغني لابن قدامة 5/ 574 - 575.

(2) النوادر والزيادات لأبي زيد القيرواني 7/ 37 - 38.

الملح من الأمثلة السابقة، واشتراط أجرة معينة يضاعف الجهل والمخاطرة، وينقلها من جانب لجانب، فالعامل ضامن لأجرته، أما رب العمل فقد يدفع الأجرة ويخسر إنتاج ملكه من المعدن، أو أحواض الملح، ولهذا فإن الجهل لا يمكن تخليص العقد منه، والقول بعدم شرعية الإجارة في مثل هذه الحالات يفوت مصالح على المسلمين، لأن قيام الإنسان بهذه الأعمال بنفسه غير متيسر للجميع، ولهذا أجاز الفقهاء الإجارة في معنى المضاربة في مثل هذه الحالات قياساً على المضاربة، والمساقاة، أو قياساً على معنى إجازة المضاربة، والمساقاة وما شابههما من العقود التي ترد على نماء الشيء كالمزارعة.

إن المعنى الذي اعتمد عليه فقهاء المالكية، والحنابلة في القول بصحة الإجارة في الأمثلة السابقة داعي لإجازة عقود الاستخراج بجزء من الربح من باب أولى، فالجهل في عقود الاستخراج بمبلغ معين أكبر، وصعوبة استخراج النفط من مالك الأرض أكبر، حيث أن استخراج النفط يحتاج إلى إمكانيات علمية، ومادية كبيرة، وتحتكره شركات ذات باع كبير في هذا المجال، وأكثر الدول النامية، والقائمة حياتها الاقتصادية على النفط عاجزة عن استخراجه دون استعانة بالشركات المتخصصة، كما أن تعطيل هذا المرفق هدر لاقتصاد الدولة، ولهذا فإن الحاجة الداعية لإجازته إجارة في صورة المضاربة من باب أولى، وهو أقرب للعدالة، والموازنة بين الأضرار.

فإذا كانت نفقة العامل في أحواض الملح، أو دودة الحرير قد تلحق ضرراً بالمؤجر، حيث أن العائد قد لا يغطيها، ومن أجلها منع الفقهاء تحميلها لمالك الحوض في الأحواض، ولمالك الدودة في دودة الحرير، وقالوا بجواز الإجارة في صورة المضاربة، فكيف بنفقات، ومصاريف الاستخراج، والتي قد تتجاوز ميزانية الدولة السنوية من غير النفط في بعض الأوقات، فالحاجة للتدخل لإزالة الضرر هنا أولى.

إن الإجارة في صورة المضاربة، أي الإجارة بجزء من الربح هي الأساس الشرعي الذي نعتمد عليه في تأصيل عقود الاستخراج بجزء من الربح، وهو الراجح في الفقه المالكي والحنبلي، وهنالك رأياً آخر في الفقه المالكي يمكن تأصيل عقود الاستخراج على أساسه، وهو لا يختلف عن الرأي السابق من حيث المضمون، ويتمثل هذا الرأي في اعتبار الإجارة بجزء من الربح شركة، ففي أحواض الملح يرى بأنها عبارة عن شركة بين المؤجر والعامل، فالمؤجر

منه الأحواض، وشرب الماء، ومن الأخر خدمته في ذلك، فهي شركة، والخارج بينهما وفقاً للنسبة المتفق عليها أي الربع، أو النصف مثلا، وقد رجح هذا القول ابن رشد من فقهاء المالكية في مسألة أحواض الملح[1].

الاتجاه الثاني:

تدل ظاهر آراء ونصوص الفقه الحنفي، والشافعي على عدم صحة الإجارة بجزء من الخارج، ولو كان الشيء مشاهداً، وأمكن حرزه، فمنعه بجزء من الربح من باب أولى، لأنه لا يمكن تقديره بالحرز، ووافقهم في ذلك الظاهرية[2].

إن عقود استخراج النفط وفقاً لآراء الفقه الحنفي، والشافعي، والظاهري تعد من باب الإجارة المجهولة، والجهالة في عقود الاستخراج من عدة أوجه أهمها:

1- إن الربح جزء من عمل العامل، والراجح في الفقه الحنفي، والشافعي عدم صحة عمل العامل لنفسه في الإجارة لعدم القدرة على تسليم الأجرة حالاً، ولانتفاع العامل بعمله[3]، وعقود الاستخراج ينتفع العامل بعمله، ولا يمكن تسليم الأجرة إلا بعد تمام العمل، وهو الاستخراج.

2- لقد منع الظاهرية الإجارة على نتيجة العمل كحفر البئر لإخراج الماء[4].

3- لقد منع الشافعية الإجارة على استخراج المعدن بجزء من الخارج، كالنصف والربع، وذلك للجهل بالأجرة[5].

إن عقود الاستخراج باطلة للجهل بالأجرة وفقاً لآراء الأحناف، والشافعية، والظاهرية،

---

(1) البيان والتحصيل لابن رشد 8 / 502.

(2) انظر مثلاً شرح فتح القدير لابن الهمام 9/ 108، بدائع الصنائع للكاساني 4/ 192، مغني المحتاج للشربيني 335/3. المحلى لابن حزم 8/ 196، روضة الطالبين للنووي 5/ 176 - 177.

(3) المراجع السابقة نفس الصفحات.

(4) المحلى لابن حزم 8/ 196.

(5) روضة الطالبين للنووي 5/ 302.

فعقود الاستخراج بجزء من الربح إجارة مجهولة لانتفاع العامل بعمله، ولعدم قدرة المؤجر على تسليم الأجرة حالاً، وتوقفها على عمل العامل، وذلك وفقاً لرأي الأحناف، والشافعية، ولأنها أجرة على منفعة مجهولة وهي نتيجة العمل، وذلك وفقاً لرأي الظاهرية، ولا يمكن تأصيل عقود الاستخراج وفقاً لأصول الشافعية، والظاهرية، فإن أحكامهم، وآرائهم، وتطبيقاتهم تقضي بعدم صحة الإجارة بجزء من عمل العامل، لعدم تحققه أثناء العقد، ولعجز المؤجر عن تسليم ما استحق منه قبل تمام العمل، أما بالنسبة للفقه الحنفي، فإن ظاهر النصوص وما ذكر من تطبيقات على الإجارة بجزء من العمل تدل على أن عقود الاستخراج من باب الإجارة المجهولة، وهذا الجهل غير معفو عنه في مثل هذه العقود، إلا أنه استوقفتني عبارة واردة عند فقهاء الأحناف، هذه العبارة تصلح أن تكون أساساً لإجازة عقود الاستخراج إجارة، ونورد هذه العبارة ونوضح كيف يمكن الاستناد عليها في القول بصحة عقود الاستخراج بجزء من الربح.

عندما ذكر فقهاء الأحناف عدم صحة الإجارة ببعض ما يخرج من عمل العامل، أوردوا اعتراضاً وأجابوا على هذا الاعتراض، ومفاد الاعتراض أن المزارعة، والاستصناع، والمساقاة ضد هذا الرأي، أي تعد من باب الإجارة بجزء من عمل العامل، فأجاب فقهاء الأحناف بأن هذه العقود، وإن كان القياس يأباها لأنها في معنى الإجارة المجهولة، إلا أن إجازتها لحاجة الناس، والقياس يترك لحاجة الناس[1].

لقد وردت هذه العبارة في مصادر الفقه الحنفي، ولم تذكر مصادر الفقه الحنفي معارضة لها، وهذا يعني أنها محل اتفاق عند فقهاء المذهب، أو على الأقل ما عليه العمل في الفقه الحنفي، وهذه العبارة رسخت قاعدة هامة، وهي أن ما تدعو إليه الحاجة يمكن خروجه عن الأصل، لأن حاجة التعامل أولى بالاعتبار، وما تدعو إليه حاجة التعامل يراد به أن المصلحة في إقراره خلاف الأصل أولى من منعه، وهذا ما اعتمد عليه فقهاء الأحناف في إجازة عقد الاستصناع، والمزارعة، والمساقاة، وقد بينت ذلك في الباب الأول والثاني من هذا البحث.

لقد أكد هذه القاعدة ابن عابدين في بعض التطبيقات التي ذكرها في الإجارة، فقد أجاز

(1) شرح فتح القدير لابن 9/ 108، بدائع الصنائع للكاساني 4/ 192.

على خلاف القياس تشغيل خياط، أو صباغ عمل معه بالنصف، وبين بأن هذا يصح استحساناً، واعتبر هذا العقد في معنى الشركة[1].

إن حاجة التعامل في عقود الاستخراج ليست أقل أهمية و ضرورة من حاجة الناس للمزارعة، والمضاربة، والمساقاة، والاستصناع، وليست أقل أهمية من حاجة الناس لخياط، أو صباغ بجزء من العمل، فأهمية عقود الاستخراج غنية عن الإشارة إليها، كما أن حاجتها لإمكانيات مالية، وخبرة كبيرة ظاهرة، وأكثر من عقود الاستصناع، والمزارعة، والمضاربة، ولهذا فإن الحاجة لعقود النفط أولى، ومخالفة القياس لأجلها إن لم تصح إلا بمخالفته من باب أولى.

إن ما رسمته عبارة الأحناف، والمثال الذي ذكره ابن عابدين يصلحان لأن يكونا أساساً لإجازة عقود الاستخراج بجزء من الربح، والخروج عن الأصل ومخالفة القياس، وذلك لحاجة التعامل، أو ما يعبر عنه فقهاء الأحناف كثيراً بتعامل الناس.

يشتمل العرض السابق على الأسس التي يمكن الاعتماد عليها لتأصيل عقود استخراج النفط بجزء من الربح.

إن عقود الاستخراج وإن كانت في الأصل إجارة مجهولة، إلا أنها جائزة، وذلك لطبيعة عقود الاستخراج الخاصة، فهي إجارة في معنى المضاربة، وذلك لأن استخراج النفط في معنى نماء الشيء، فعمل الاستخراج يشكل بدرجة كبيرة نموا وزيادة للقيمة العائدة للدولة من هذه الثروة، بل إن تطور إمكانيات الشركة المستخرجة، وشهرتها، وتقدم التقنية التي تستخدمها لها دور كبير في تحديد قيمة العائد للدولة، كما أن الحاجة لهذه العقود لا يمكن إغفالها، فهي أكبر من جميع العقود التي أجازها الفقهاء بجزء من الربح، والربح مجهول في هذه العقود، وهي في معنى الإجارة، ومن أمثلة هذه العقود المضاربة، والمزارعة، والمساقاة.

إن هذا التأصيل مبني على ظاهر أراء الفقهاء، والقائم على أن المضاربة وما في حكمها استثناء من بيع المجهول، والأمر عندي يختلف، فالعقود السابقة الراجح أنها أصل وليست

(1) حاشية ابن عابدين لابن عابدين 5/ 61.

استثناء، وذلك لأن الربح في المضاربة، والنتاج في المساقاة هو ثمرة العمل، ولا يعد جزءا من المعقود عليه، وهذا ما تدل عليه تطبيقات الفقهاء، وعليه فإن اعتبار عقود الاستخراج في معنى المضاربة يقضي ترجيح اعتبارها أصل، والخارج من النفط لا يعد جزءا من المعقود عليه، بل هو نتاج العمل، أي كالربح، إلا أن هذا غير جائز في الإجارة من حيث الأصل، لأن عقد الإجارة يقضي بأن يكون الربح جزءا من المعقود عليه، وهو مجهول، ولكن يمكن اعتبار هذه العقود من باب الصور الخاصة للإجارة، كما في حفر الآبار بشرط خروج الماء، والكراء على البلاغ، وهذه الصور ليست محل اتفاق إلا أن الراجح جوازها في الفقه الإسلامي، واعتبروها ضمن الإجارة التي أجيزت للحاجة كما أجيزت المضاربة، ويمكن اعتبار هذه العقود من باب الشركات، أو عقود لها ذاتيتها، وإجازتها على معاني إجازة المضاربة وغيرها من عقود النماء، والذي أرجحه التوسع في معنى الإجارة، وهذا مسلك ذهب إليه جانب كبير من الفقه الإسلامي[1]، وعنون باب الإجارة (بالإجارات)، أي أنها مجموعة صور يجمعها بيع المنافع، وأدخلوا تحت هذا الباب كل صور بيع المنافع التي لا تدخل تحت عقد من العقود المسماة لبيع المنافع كالمضاربة، وذلك تمشيا مع المبدأ الذي ساروا عليه، وهو أن الإجارة أصل لبيع المنافع، فأي صورة لا تدخل ضمن تلك البيوع، وأحد طرفي المعقود عليه منفعة أدخلوها تحت باب الإجارة، وإن اقتضت طبيعة هذه الصورة الخروج عن القواعد العامة للإجارة لم يتأخروا في إعطائها حكما خاصا، إذا كانت الأحكام العامة للإجارة تؤدي إلى إخلال التوازن، وهذا هو الذي أرجحه، أي عقود الاستخراج من باب الإجارة إلا أن لها طبيعتها الخاصة.

إن اعتبار عقود الاستخراج إجارة في معنى المضاربة موافق لرأي المالكية، والحنابلة ومضمون رأي الأحناف، ومخالفته لرأي الشافعية، والظاهرية لا يضعف تأصيله، ولا الأسس التي اعتمدت عليها في ترجيح إجازة هذه العقود، فهي موافقة لأكثر آراء الفقه الإسلامي، و بتأمل قواعد الفقه الشافعي ومعاني إجازة عقود المضاربة والمساقاة وما في حكمها، يمكن اعتبار عقود الاستخراج من العقود الخاصة، والتي يجب أن تخضع لنفس أحكام المضاربة، والمساقاة، والمزارعة، ولعل أحكامهم في المعادن، وعمل العامل بجزء من

(1) انظر مثلا: المحلى لابن حزم 182/8. المغني لابن قدامة 434/5.، شرح فتح القدير لابن الهمام 59/9. الإيضاح للشماخي 207/6.

عمله راجع لتقديرهم بأن الحاجة لهذه العقود لم تصل إلى مرحلة الخروج عن الأصل في ذلك الوقت، ومخالفة القياس، ولكن لا أحد يشك بأن الحاجة لعقود النفط، ودورها في الاقتصاد أشد من الحاجة للمزارعة، والمضاربة، ولا أشك في أن فقهاء الشافعية لن يترددوا في إجازة هذه العقود لو وجدت زمنهم.

إن جواز عقود الاستخراج مبنى على القياس على المضاربة وما في حكمها، أو على معنى المضاربة، وما في حكمها، وذلك وفقاً لظاهر تعبير أكثر فقهاء المذاهب -غير الحنابلة –، وهي من باب الاستثناء من الإجارة المجهولة حسب تعبير أكثرهم، ويترتب على ذلك اعتبار عقود الاستخراج استثناء من الإجارة المجهولة، إلا أننا لا نوافق ما ذهب إليه الفقهاء من اعتبارهم المضاربة، والمساقاة وما في حكمهما استثناء من بيع المجهول، وقد ناقشت هذه المسألة فيما سبق، وانتهيت إلى ترجيح القول بأن هذه العقود ليست استثناء من بيع المجهول، وعدم اعتبارها استثناء من بيع المجهول، إما لأن الجهل تفرضه طبيعتها، ولا يفضي للمنازعة، وهذا الجهل غير مقصود من النهي عن بيع المجهول، ولا يؤثر في صحة العقود، وإما بعدم النظر للربح كجزء من الأجرة، أي أن الربح نتاج، وثمرة لطرفي المعقود عليه، وطرفي المعقود عليه تحقق فيهما العلم بمراعاة شروط الفقهاء فيما يتعلق بالعلم وانتفاء الجهل، ففي المساقاة مثلاً طرفي المعقود عليه الشجر، وعمل العامل، فالشجر وفقاً لشروط الفقهاء معلوم العناصر الأساسية، والأوصاف المعتبرة، وكذلك عمل العامل، وفي المضاربة طرفي المعقود عليه رأس المال، وعمل العمل، ورأس المال معلوم العناصر الأساسية، والأوصاف المعتبرة وفقاً لشروط المضاربة، وكذلك عمل العامل، أي أن هذه العقود أصل وليست بخلاف القياس، وهذا ما رجحته في اعتبار هذه العقود استثناء أم لا، وهذا ما نطبقه على عقود الاستخراج، أي أن عقود الاستخراج إجارة في معنى المضاربة، والجهل بالربح فرضته طبيعة عقود الاستخراج، كما أن الربح لا يعد جزءاً من الأجرة، فالأجرة هي أعمال الاستخراج، والمنفعة الأرض، وأحواضها النفطية، والربح نتاج اجتماع عمل الشركة وخبرتها وإمكانياتها، وأحواض الأرض النفطية، وعمل الشركة وأحواض الأرض تحقق العلم بعناصرهما الأساسية، وأوصافهما المعتبرة، وذلك وفقاً لصورة العقود المبرمة.

بهذا أصل إلى أن عقود الاستخراج لا تعد استثناء من الإجارة المجهولة، بل هي إجارة تحقق العلم بطرفي المعقود عليه، وانتفى الجهل، وذلك وفقاً لضابط الجهل الذي اعتمدته فيما سبق.

الخاتمة

الحمد لله الذي هدانا لهذا، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الـلـه، أرجو أن أكون قد أصبت ضالتي في هذا العمل البسيط، وهي المساهمة ولو بشيء قليل في إظهار مكانة الشريعة الإسلامية، وإبراز سموها وتطورها، وصلاحيتها لمسايرة تطور الحياة البشرية في كل مجالاتها، فواضعها هو العالم بأحوال البشر ومتطلباتهم، وما تصلح به حياتهم، وهو الـلـه سبحانه وتعالى، وإتماما للفائدة، وحرصا على أن يكلل هذا العمل بالنجاح أقدم عرضا موجزا لأهم النتائج، والمقترحات التي توصلت إليها، وتتلخص في الأتي.

أولاً: النتائج

- لقد اتفق الفقهاء على عدم صحة بيع المجهول، ولا مخالف لهم ممن يعتد بقوله، واستندوا على هذا بالمنقول والمعقول.
- لقد استند الفقهاء على عدم صحة بيع المجهول بعدة نصوص من السنة النبوية، أهمها ما ورد عن الرسول ﷺ من النهي عن بيع الغرر، وما ورد عن الرسول ﷺ من النهي عن بعض البيوع، والتي اتفق الفقهاء، وشراح الحديث أن النهي عن هذه البيوع للجهل، كما استدلوا بأقوال الصحابة، فقد اتفق الصحابة على النهي عن بيع المجهول.
- لقد استند الفقهاء على قولهم بعدم جواز بيع المجهول بالمعقول أيضا، ومن أهم الأدلة العقلية التي دعم بها الفقهاء رأيهم، احتواء الجهل على المخاطرة، والمقامرة، وهي من معاني الميسر المحرم بنص القرآن، كما أن الجهل يفضي للمنازعة، وقد حرص الإسلام على حسم مادة المنازعة، لأن المنازعة من أهم أسباب العداوة، والبغضاء، والعداوة والبغضاء من العلل التي ذكرها الـلـه سبحانه وتعالى في كتابه العزيز للنهي عن الخمر والميسر.
- إن الجهل يترتب عليه أخذ مال خال عن العوض في المعاوضات، وهذا من باب أكل المال بالباطل، وقد حرم الـلـه أكل أموال الناس بالباطل في كتابه العزيز.

- إن الجهل يمنع من تحقق الرضى في البيوع، فهو يمنع من ارتباط الإرادة بالمعقود عليه، لعدم وجود كل العناصر، والأوصاف التي يرتبط بها الرضى، والرضى شرط لصحة البيوع بنص القرآن.

- إن النهي عن الجهل لمعنى وليس لذاته، ولهذا عفى الشارع عن قدر من الجهل، والذي خلا من معنى النهي، وقد حاول الفقهاء وضع معايير لتحديد الجهل المنهي عنه، وبدا ظاهرا اختلافهم في معايير تحديد الجهل، إلا أن هذا الخلاف ضاق في الجانب التطبيقي، وتبين اعتبار كل مذهب لمعايير المذاهب الأخرى، إلا أن طريقة اعتبارها اختلفت، كما أن جميع المعايير التي ذكرها الفقهاء غير منضبطة، ولهذا وقع الاختلاف في أكثر من واقعة في المذهب الواحد، وباستخدام نفس المعيار، وهذا يقتضي البحث عن معيار منضبط من خلال تطبيقات الفقهاء، ومضمون آرائهم ومعاني النهي عن بيع المجهول.

- لقد اتفق الفقهاء على جواز بيع السلم، والإجارة، والمضاربة، وذهب أكثر الفقهاء إلى جواز المساقاة، والمزارعة، والمغارسة، وانفرد الأحناف بإجازة عقد الاستصناع من حيث الإطلاق، واتفق الفقهاء على احتواء هذه العقود على الجهل المخل بشرط الصحة وفقا للمعايير المعتمدة عندهم، واختلفوا في تأصيل إجازة هذه العقود، وأكثر الفقهاء على أنها جاءت بخلاف الأصل، فهي استثناء من بيع المجهول، واعتمدوا على الضرورة، والحاجة في إجازة هذه العقود.

- إن الجهل المخل بشرط الصحة هو ما وقع في أحد العناصر الأساسية، أو وصف معتبر عادة، وهذا الجهل يمنع من تحقق الرضى، كما يمنع من صلاحية المعقود عليه لشغل الذمة.

- إن نتيجة تطبيق هذا الضابط على كل البيوع التي تعرض لها الفقهاء وافقت أحكام الفقهاء لهذه البيوع صحة وبطلانا، فكل ما أبطله الفقهاء للجهل اقتضي تطبيق الضابط بطلانه، وكل ما صححه الفقهاء لانتفاء الجهل المخل بشرط الصحة اقتضى تطبيق الضابط صحته، وما كان محل خلاف أمكن الاعتماد على هذا الضابط للترجيح.

- ارتباط نتيجة تطبيق هذا الضابط بعلل، وحكم النهي عن بيع المجهول وجودا وعد ما، وأهمها قيام العقد على المخاطرة، والمقامرة والإفضاء للمنازعة، فكل عقد ترتب على

تطبيق ضابط الجهل عدم صحته للجهل وتضمن المقامرة، والمخاطرة وأفضى للمنازعة والعكس صحيح.

- الاعتماد على هذا الضابط في التفرقة بين الجهل المخل بشرط الصحة، وما يشتبه دخوله فيه، وأهمها الجهل بما عليه المعقود عليه، والجهل بالتقييم، وبهذا فسرت تفرقة الفقهاء بين بيع المجهول، والبيوع التي يكون الجهل فيها متعلقا بالتقييم أو بما عليه المعقود عليه كتلقي الركبان، والخداع في البيع.

- مرونة هذا الضابط، وتطوره، ومسايرته لأي تطور للمعاملات، فهو ضابط موضوعي يدور مع معقولية المعنى بعيدا عن الشكليات، بحيث يمكن تطبيقه على أي معاملة مهما كانت متطورة، فهو قادر على مسايرة التطور الذي أحدثه تطور الحياة الاقتصادية دون إخلال بمعاني النهي عن بيع المجهول.

- إن البيوع التي عدها الفقهاء من باب الاستثناء على بيع المجهول كالإجارة، والاستصناع، والمساقاة خالية من الجهل المخل بشرط الصحة وفقا لضابط الجهل، وبالتالي فهي أصل وليست استثناء من بيع المجهول.

- إن القول بأن العقود الواردة في الفقرة السابقة أصل التقي مع مضمون أراء الفقهاء، وتطبيقاتهم، وإن ظهر نظريا مخالفته لبعض الآراء، كما أن هذه المخالفة لم يترتب عليها أي أثر عملي.

- إن الرؤية في المعقود عليه المعين بالذات وسيلة لتحقيق العلم بالعناصر، والأوصاف، وما أظهرته بعض الآراء الفقهية من النظر للرؤية لذاتها هو حكاية واقع، لأن المبيعات الموجودة زمنهم الغالب تحقق العلم بعناصرها، وأوصافها بمجرد الرؤية، ودليل ذلك ارتباط تطبيقاتهم لبيع المجهول بالمعنى لا بذات الرؤية، وعلى افتراض عدم قبول هذا التوجيه فلا أرجح القول بالنظر للرؤية لذاتها.

- صحة بيع المعقود عليه غير المعين بالذات إذا ذكرت العناصر والأوصاف، ولو كان المبيع غائبا عن مجلس العقد، أو معدوما أثناء العقد، فالرؤية وسيلة، وليست غاية في ذاتها، ولا أرجح القول باشتراط الرؤية، ولو تحققت المعرفة بالعناصر، والأوصاف في حالة عدم قبول توجيهه.

- إن حصر العناصر التي تختلف بسببها الأغراض في النوع، والجنس، والمقدار هو الغالب، أو حكاية واقع، فكل عنصر غير هذه العناصر للصناعات الحديثة تختلف بسببه الأغراض يأخذ حكم الجنس، والنوع، والمقدار في وجوب العلم به أثناء العقد، وبطلان البيع في حالة الجهل به.

- إن الأوصاف يحددها العرف، وطبيعة المعاملة، والظروف المحيطة بها أثناء العقد، ولهذا فهي تختلف من عقد لعقد، ومن زمن لزمن، ومن مكان لمكان، فعرف أصحاب المهنة هو الذي يحدد الأوصاف المقصودة في الزمن، والمكان الذي تم فيه العقد.

- إن القول بأن الجهل المانع من الصحة هو الجهل الواقع من الطرفين فقط له وجاهته، والراجح في الفقه الإسلامي عدم التفرقة بين الجهل الواقع من الطرفين، والجهل الواقع من طرف واحد.

- أرجح القول بأن التقدير بالتخمين يقوم مقام التقدير بأداته، فيما يتعلق بالجهل بالمعقود عليه وفقا لضابط الجهل.

- اتفاق الفقهاء على تطبيق أثار البطلان على بيع المجهول، وتفرقة الأحناف بين الجهل، والانعدام لفظية، وذلك لتطبيقهم أثار البطلان على المجهول، وبهذا يتفق الجمهور والأحناف في التطبيق، ولا عبرة بالخلاف في الإطلاق مادام المضمون واحدا.

- لقد طبق الفقهاء حكم البطلان وأثاره على جميع البيوع، ولا فرق في تطبيق أثر البطلان بين البيوع العادية، والبيوع الزمنية، والتي لا يمكن فيها إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد عمليا.

- إن مصدر الالتزامات التي رتبها الفقهاء على العقود ذات الطبيعة الخاصة، أو ما يعرف بالعقود الزمنية الإثراء بلا سبب، وليس العقد المبرم بين الطرفين.

- إن الجهل نوع من أنواع الغرر، فالغرر أعم من الجهل، وقد اتفق الفقهاء على عموم الغرر، وأما قول القرافي بعموم الجهل من وجه، فيمكن توجيهه، وفي حالة عدم قبول توجيهه فيرد لمخالفته لاتفاق الفقهاء.

- إن أنواع الغرر تشترك في النهي، فالنهي في الغرر واحد تشترك فيه جميع أبوابه، ومنه الجهل بالمعقود عليه، والجهل بالتقييم، والجهل بالأجل.

- إن الجهل بالمعقود عليه وإن كان نوعا من أنواع الغرر، إلا أن له خصوصيته واستقلاليته عن بقية أنواع الغرر من حيث الأحكام، والمعاني، والآثار المترتبة على النهي، فالجهل بالمعقود عليه يبطل العقد ويرجع المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، ورتب الفقهاء هذا الأثر للجهل على جميع البيوع، فشمل البطلان العقود الزمنية أيضا، وفي هذا يختلف الجهل عن أبواب الغرر الأخرى والمتعلقة بالمعقود عليه، وأهمها الغرر لعدم القدرة على التسليم، والغرر للجهل بما عليه المعقود عليه، والجهل بالتقييم، فهذه الأنواع من الغرر رتب عليها الفقهاء البطلان في حالات دون أخرى، وبعضها رتب عليها الفقهاء الخيار مع إبقاء العقد صحيحا، وبعضها قال الفقهاء بلزومها،و يبقى أثر النهي في وجوب الترك ديانة، والمهم أن الفقهاء تناولوها مستقلة عن شرط العلم.

- لقد ورد النهي عن الربا بالنص من الكتاب والسنة، أما الجهل، فلم يرد النهي عنه بالنص صراحة، وإنما استنبطه الفقهاء من خلال النهي عن الغرر، باعتبار الجهل نوع من الغرر، ومن خلال النهي عن بعض البيوع ذهب الفقهاء أن النهي عنها للجهل، إضافة إلى تضمن الجهل لمعنى المقامرة وأكل أموال الناس بالباطل، وإفضائه للمنازعة.

- إن النهي عن الجهل مرتبط بعدة معان، ومن خلالها يحدد الجهل المنهي عنه، وما لم تتحقق فيه هذه المعاني خرج من دائرة النهي، أما الربا فالنهي عنه ورد بالنص، ولا يوجد ربا جائز، وربا منهي عنه، فالربا منهي عن جنسه.

- الربا في الأصل يكون في حالة العلم، إلا أن إفضاء الجهل للربا يمنع من تحقق العلم، والشارع أنزل عدم تحقق خلو العقد من الربا كتحققه، أما الجهل فلا يدخل في دائرة النهي إلا إذا تحقق الجهل بالعناصر، والأوصاف.

- إن الجهل المانع من تحقق العلم بالمماثلة والمفضي للربا هو الجهل بالجنس، والقدر فقط، أما الجهل بالنوع، والأوصاف فلا يفضي للربا، لأن تحقق المماثلة في النوع والأوصاف لا أثر لها في باب الربا، كما أن تحديد الجنس في الربا يختلف عنه في باب الجهل.

- الجهل يشمل جميع الأموال فلا يخص مال دون مال، أما الربا فلا يقع إلا في حالة تبادل الأموال الربوة متحدة الجنس.

- إن القانون نهي عن بيع المجهول، وذلك من خلال اشتراط تعيين المحل ووجوده.

- إن القانون وإن نهى عن العقد على المعدوم من حيث المبدأ، إلا أنه أجاز بيع المال المستقبل، وهو معدوم أثناء العقد، كما أجاز السلم، والإجارة، والمساقاة، والمزارعة وغيرها من العقود التي اعتبرها الفقهاء من باب الاستثناء على بيع المجهول لانعدام المحل.

- إن التعارض السابق لظاهر النصوص يدل على أن الانعدام لا يقصد لذاته، كما أن المال المستقبل لا يجوز العقد عليه بشكل مطلق.

- إن التعيين هو المعيار المستخدم للتوجيه بين تعارض النصوص، فالمحل المعدوم لا يؤثر في العقد إذا تحقق التعيين، أي أن المحل المعدوم إذا تحددت عناصره الأساسية، وأوصافه المعتبرة صح العقد عليه، أما إذا كان المحل المعدوم غير معين للجهل بعنصر أساسي، أو وصف معتبر لا يصلح أن يكون محلا للعقد، وكذلك المال المستقبل، فإذا تحددت عناصر المال المستقبل، وأوصافه المعتبرة صح العقد عليه، وإلا بطل العقد عليه، كما يشترط لصحة بيع المال المستقبل خلوه من الرهان، والمقامرة.

- إن بيع الثمر قبل زرعه، وما في حكمه من البيوع المنهي عنها للجهل، وفقا لنصوص القانون المدني الليبي، خلافا لما ذهب إليه شراح القانون، فهذه البيوع المعقود عليه فيها معدوم وغير معين، إضافة إلى احتوائها على المقامرة، والرهان، ولا يجوز الاستناد على نص إجازة بيع المال المستقبل لأنه لا يمكن القول بأن كل مال مستقبل يجوز العقد عليه.

- إن اشتراط القانون لوجود المحل، وتعيينه والنهي عن المقامرة يدل على النهي عن الجهل بالمحل وفقا لمعيار تحديد الجهل في الفقه الإسلامي، وهذا يعني موافقة نصوص القانون لأحكام الفقه الإسلامي في النهي عن الجهل وتحديده.

- إن ما ذكره فقهاء القانون من صحة بيع الثمر قبل زرعه، وبيع الأمل وما في حكمه يناقض نصوص القانون، و يناقض أراء فقهاء القانون في المراد بالتعيين، كما يناقض نصوص نهي القانون عن المقامرة، والرهان، علاوة على مخالفته لأحكام الفقه الإسلامي.

- تدل نصوص القانون المدني الليبي وأراء فقهاء القانون، وأحكام القضاء في معنى التعيين، على النهي عن الجهل بالمعقود عليه، كما تدل على أن الجهل يراد به الجهل بالعناصر الأساسية، والأوصاف المعتبرة، وهذا هو الجهل في الفقه الإسلامي.

- إن الجهل بالمعقود عليه لا يشمل الجهل بحالة المعقود عليه، ولا الجهل بالتقييم وقد فرق القانون بينهما وبين الجهل في الأحكام، والآثار، وبهذا فقد وافق القانون أحكام الفقه الإسلامي في فصل الجهل بالتقييم، والجهل بما عليه المعقود عليه عن الجهل بالمعقود عليه.

- إن القاعدة في القانون المدني الليبي هي بطلان العقد للجهل، وأن هذا البطلان هو البطلان المطلق، وهو يقابل البطلان في الفقه الإسلامي، ولكن يؤخذ على القانون خروجه عن هذا المبدأ في عدة جزئيات ولم يكن موفقا في هذا الخروج.

- الراجح أن الجهل لعدم التعيين لا يبطل العقد إلا إذا كان من الطرفين، أما إذا اتصل العلم بأحد الأطراف فإن التعيين في ذاته يكون قد تحقق، وهذا يحصن العقد من البطلان، ويكون القانون بهذا قد وافق غير الراجح في الفقه الإسلامي.

- إن عقود الاستكشاف تدور بين الإجارة، والجعالة، فالالتزام بدفع أجرة للدولة الليبية مقابل مساحة الأرض المستغلة هي إجارة، والأجرة معلومة، ومحددة بالعملة الليبية، والمنفعة معلومة، لأن مساحة الأرض محددة بالكيلو متر، أما أعمال البحث، والتنقيب فأجرتها الأولوية في إبرام عقد الاستخراج، والراجح أنها متمولة فتصلح أن تكون أجرة.

- لقد وردت عدة إشكاليات على عقود الاستكشاف، منها ما هو متعلق بالمنفعة، ومنها ما هو متعلق بالأجرة.

- إن الإشكالية المتعلقة بالمنفعة أساسها الجمع بين العمل، ونتيجته في العقد، وهذا مخالف لأحكام الفقه الإسلامي، لأن نتيجة العمل مجهولة وقت العقد، وتحديدها بالعمل إضافة للنتيجة يزيد من أثر الجهل، ولا يحقق المعاني التي من أجلها أجاز الفقهاء العقد على المجهول استثناء.

- إن هذا الجهل يمكن توجيهه على أساس أن الغرض من وصف الأعمال ليس تحديد المنفعة، وإنما الغرض هو منع أضرار جانبية،وهذه الأضرار تحدثها أعمال البحث والتنقيب، والوصف الذي ذكره القانون لمنع حدوث هذه الأضرار أو التخفيف منها، وعلى هذا الأساس فإن المنفعة المقصودة هي نتيجة العمل، وهو وجود النفط، وللشركة تحديد ما يوصل لهذه النتيجة، ولا تقييد عليها إلا بما يمنع من الأضرار الجانبية، وهذا المقصد الأساسي من الأعمال التي وصفها القانون، وإن حصل تقييد للشركة في وسيلة

تحقيق النتيجة فهو جاء تبعا، وليس بحسب الأصل، وبهذا يمكن توجيه إشكالية جهالة المنفعة، إضافة إلى الاعتماد على المعنى الذي اعتمد عليه الفقهاء في جواز العقد على النتيجة، وإن كانت مجهولة.

إن الأجرة من حيث هي معلومة ومحددة، لاشتمال القانون على عناصر تحديدها، إلا أن ارتباطها بمجهول أدى للجهل بها، والجهل بالأجرة من عدة جوانب أهمها:

أ – ارتباطها بمنفعة مجهولة، هي وجود النفط، إلا أن هذه الإشكالية تم توجيهها بتوجيه الجهل بالمنفعة.

ب – ارتباط الأجرة بسنة بدء الإنتاج، ونصوص القانون غير صريحة في اعتبار بدء سنة الإنتاج شرط استحقاق، أو أجل استحقاق، والراجح أنها أجل استحقاق لا شرط استحقاق، وبالتالي فهي لا تعد جزءا من المنفعة، والجهل بها يترتب عليه الجهل بالأجل، أما على اعتبارها شرط استحقاق فيترتب عليه الجهل بالمعقود عليه، ولا يمكن تخليص العقد من الجهل إلا بإلغاء النص المتعلق بربط الأجرة ببدء سنة الإنتاج.

- إن عقود الاستخراج من باب الإجارة.

- إن النفقات والمصاريف أجرة مقابل أعمال الاستخراج وما تتطلبه، وهذه الأجرة معلومة حكماً، وذلك لاشتمال العقد على أسس العلم بعناصرها الأساسية، وأوصافها المعتبرة، ولتحقق هذا العلم وقت التسلم، وهذا يقوم مقام العلم أثناء العقد، وينفي الجهالة المخلة بشرط الصحة.

- إن المصاريف والنفقات يتحملها طرفي العلاقة في العقد، لهذا تخصم من إنتاج النفط قبل توزيعه.

- إن اعتبار الشروع في التصدير جزء من المنفعة في عقود الاستخراج لا تؤدي للجهل، فالشروع بالتصدير جزء من المنفعة التي وقع عليه العقد، وهي استخراج النفط، فمرحلة استخراج النفط تنتهي بالشروع بالتصدير، ولا ينتفع بهذه المنفعة إلا بالشروع بالتصدير، وبالتالي فهي جزء من المنفعة التي وقع عليها العقد، وفي هذا تختلف عقود الاستخراج عن عقود الاستكشاف.

- إن عقود الاستخراج بجزء من الربح إجارة في صورة المضاربة، وذلك لأن العمل في استخراج النفط في معنى العمل في الشيء ببعض نمائه، والإجارة هنا جائزة، إما لأن الجهل معفو عنه لطبيعة العقد وعدم إمكانية الاحتراز منه، أو لأن الجزء من الربح ثمرة العمل، ولا يعد جزءاً من المعقود عليه، والمعقود عليه هو العمل، وأحواض النفط، والمعقود عليه على هذا الأساس معلوم العناصر الأساسية، والأوصاف المعتبرة وقت العقد، و لا تثار بشأنه الجهالة.

- إن عقود استخراج النفط لا تعد استثناء من بيع المجهول، فهي مقاسة على المضاربة، والمساقاة وما في حكمها، أو على معنى هذه العقود، وهذه العقود أصل وليست استثناء وفقا لضابط الجهل.

ثانيا المقترحات:

- الاعتماد على مقاصد، ومعاني النهي عن بيع المجهول عند الفقهاء في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على المستجدات من البيوع وصورها، ولا عبرة بالمخالفة لظاهر الآراء، أو للشكليات التي ذكرها الفقهاء لصور البيوع السائدة زمنهم.

- الاستغناء عن شرط الإمكان في القانون المدني بشرط التعيين، وإلغاء النصوص المتعلقة بشرط الإمكان، وذلك لأن الإمكان ينظر إليه من خلال تحقق التعيين لا لذاته، فهو مرتبط بتحقق التعيين من حيث أثره في العقد، ولم يفرق القانون بين حكم الانعقاد والإمكان، لهذا لا حاجة لذكره مستقلا عن شرط التعيين.

- الاعتماد على معنى التعيين لمعرفة صلاحية المال المستقبل للعقد عليه في البيوع، واستخدام ضابط الجهل في الفقه الإسلامي لتحديد الجهل في القانون، والمخل بشرط التعيين.

- الاعتماد على الفقه الإسلامي كقاعدة فقهية للقانون المدني الليبي في تحديد الجهل، وأحكامه وأثاره، فلا يمكن تحقيق معاني التعيين، وإزالة التناقض بين نصوص القانون فيما يتعلق بالنهي عن الجهل وأحكامه إلا بالاعتماد على الفقه الإسلامي في تفسير النصوص وتحقيق مقاصدها، فأراء فقهاء القانون المدني أفرغت النصوص من محتواها، وخلقت التناقض بين النصوص.

- إلغاء العبارة التي تلزم المتعاقد بتسليم صنف وسط عند عدم ذكر درجة جودة الشيء المبيع، فقد وردت هذه العبارة في عجز المادة 233 /1 ق.م.ل. حيث تنص على: (.... وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث الجودة، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف، أو من أي ظرف أخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف وسط).

إن عدم ذكر صنف المبيع يعني أن العقد لم يتناوله، والصنف عادة يعود للنوع، وقد يتناول الأوصاف المقصودة، وإن كان الراجح اقتصاره على النوع في هذا النص، وسواء تناول النوع، أو وصف معتبر فهو مخل بشرط التعيين، وهذا نقض لحكم التعيين، ومخالف لإبطال القانون لبيع المجهول، ولا يمكن توجيه هذا النص بما يرفع التعارض ونقض المبدأ الذي رسخه القانون في صدر المادة 1/133 ق.م.ل. والقاضي ببطلان بيع المجهول من خلال شرط التعيين، كما أنه يخالف أحكام الفقه الإسلامي في حكم الجهل المنهي عنه.

- إلغاء النصوص التي تعد ترسيخا وتطبيقا للمادة السابقة، والتي تعد بمثابة القاعدة العامة، لأنها متعلقة بالالتزامات عموما، ويرجع إليها في أحكام البيوع باعتبارها جزءا من الالتزامات، ومن هذه النصوص:

المادة 1/681 ق.م.ل.، والفقرة الثانية من نفس المادة، فقد نصت المادة 1/618 ق.م.ل. على: (1- إذا لم تنص العقود الفردية، والعقود الجماعية، ولوائح المصنع على الأجر الذي يلتزم به صاحب المصنع أخذ بالسعر المقدر لعمل من ذات النوع إن وجد، وإلا قدر الأجر طبقا لعرف المهنة، وعرف الجهة التي يؤدي فيها العمل، فإن لم يجد عرف تولى القاضي تقدير الأجرة وفقا لمقتضيات العدالة. 2- ويتبع ذلك في تحديد الخدمة الواجب على العامل أداؤها وفي تحديد مراعاتها).

إن هذا النص ترسيخ لمسلك المشرع في عجز المادة 1/133 ق.م.ل.، والقاضي بتقديم صنف وسط عند عدم ذكر الجودة، إلا أنه هنا تعلق بعنصر من عناصر المعقود عليه وهو الأجرة، وحمل تقديم أجرة المثل على أساس التعويض، أو الإثراء بلا سبب بعيد، وذلك لأن عجز المادة 1/133 ق.م.ل. تعد بمثابة القاعدة لهذا النص، كما أن ألفاظ النص ترجح صحة العقد، وأن أجرة المثل أساسها العقد، ولهذا اتفق فقهاء القانون على صحة العقد، وعليه فلا

بد من إلغاء هذا النص لتعارضه مع شرط التعيين في القانون، ولتعارضه مع أحكام الفقه الإسلامي في بطلان بيع المجهول.

المادة 561 ق.م.ل. حيث تنص على:(إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة، أو على كيفية تقديرها، أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة وجب اعتبار أجرة المثل).

إن هذا النص لم يختلف عن سابقه، فالأجرة أحد طرفي المعقود عليه في الإجارة، والقدر عنصر من العناصر الأساسية، والجهل به مخل بشرط التعيين في القانون، وهو من باب الجهل المخل بشرط العلم في الفقه الإسلامي وفقا لضابط الجهل، فهذا النص نقض للمبدأ الذي رسخه القانون والقاضي ببطلان العقد لعدم التعيين، كما أنه مخالف لأحكام الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالجهل، وأحكامه، ولا يمكن توجيه هذا النص كسابقه.

- التسوية بين عدم التعرض للأجرة، وبين التعرض لها مع عدم ذكر قدرها، فقد ذهب فقهاء القانون إلى أن هذا النص خاص بمسألة التعرض للأجرة، وعدم ذكر قدرها، أما عدم التعرض لها فيؤدي إلى بطلان العقد، ولا يصحح العقد بأجرة المثل، ولا فرق بين الصورتين فيما يتعلق بالجهل، سواء اعتمدت على ضابط الجهل في الفقه الإسلامي، أو معنى التعيين عند فقهاء القانون، لأن القدر عنصر أساسي، والجهل به يمنع تعيين المعقود عليه، كما أن معاني اشتراط القانون للتعيين لا تختلف في الصورتين، فالجهل بالأجرة لعدم ذكرها يمنع من تحقق الرضى لأن المتعاقد لا يعرف ما تم العقد عليه، كما أن الأمر لا يختلف في إفضائه للمنازعة، وتضمن العقد للمقامرة، والمخاطرة.
- تعديل المادة 408 ق.م.ل. بما يزيل الغموض، ويوضح اختصاصها بحالة علم أحد المتعاقدين بالمعقود عليه، أي حصول التعيين في ذاته للمعقود عليه، وإن حصل الجهل بشأن اتصاله بأحد الأطراف، فقد نصت المادة المشار إليها على: (-1 يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل على بيان المبيع، وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه. -2 وإذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه، إلا إذا أثبت تدليس البائع).

إن الغموض يكتنف هذا النص، وإن أمكن ترجيح دلالته على توجه إرادة المشرع الليبي

إلى التفرقة بين الجهل من طرف واحد، والجهل من الطرفين، وإتباع ما ذهب إليه جانب من الفقه الإسلامي، من القول بأن الجهل من طرف واحد لا يبطل العقد، ولا يعد من باب بيع المجهول، وهذا القول وإن كان مرجوحا في الفقه الإسلامي إلا أن له وجاهته، وذلك لحصول العلم بالمعقود عليه في ذاته، كما أن ضابط الجهل يؤيده، ولا اعتراض على هذا المسلك للمشرع، إلا أن دلالة النص على هذا المسلك يكتنفها الغموض، وهذا ما حمل فقهاء القانون إلى إغفالها، وعليه نقترح تعديل النص بما يزيل هذا الغموض، لأن حمل النص على هذا المعنى هو الطريق الوحيد لتوجيه النص، وإزالة التعارض بينه وبين اشتراط التعيين، والنهي عن الجهل، هذا على اعتبار أن النص بيان لإرادة المشرع في فصل الجهل من طرف واحد عن الجهل من الطرفين، أما إذا سايرت فقهاء القانون في فهمهم للنص، فإن هذا النص ينقض أثر البطلان في بيع المجهول لعدم التعيين، وعليه أكرر الاقتراح بالاعتماد على الفقه الإسلامي في تفسير القانون المدني، وصلاحية الفقه الإسلامي لأن يكون القاعدة الفقهية للقانون المدني الليبي أكثر من الفقه القانوني.

- تعديل المواد 618، 622،619 ، 1/623، بما يزيل التضارب في نصوص القانون فيما يتعلق بالمزارعة، والخلط بينها وبين الإجارة لزراعة الأرض، فهذه النصوص تناولت الاتفاق على زراعة الأرض، واستخدمت لفظ المزارعة، أما الأحكام والتبويب فترجح إرادة المشرع لإجارة الأرض لزراعتها، ففي نص المادة 618 مثلا، استخدم لفظ المزارعة، ثم استخدم لفظ المستأجر، كما أنه تناول هذه الأحكام ضمن باب الإيجار، ويؤكد هذا عنونته للمادة 622 بواجبات المستأجر، هذا إذا وضعنا في الاعتبار أنه تناول المزارعة في باب خاص، وعنونه بالمزارعة، والمساقة، وعليه أقترح تعديل هذه المواد بما يزيل تعارضها في نفسها، وتعارضها مع أحكام المزارعة في باب المزارعة، وتعارضها مع مبدأ عدم صحة بيع المجهول لعدم التعيين.

- تعديل المادة 1014 ق.م.ل.، وذلك باستبدال لفظ القسم بالنصيب، وحذف لفظ معين، فالقسم يشمل الجزء، كما يشمل النصيب، والنصيب في المساقاة محدد غير معين، وتعيين النصيب في المساقاة يفضي للجهل بالمعقود عليه، والأولى بالمشرع استخدام اللفظ المستخدم في المزارعة، للتشابه بين أحكام المزارعة، والمساقاة فيما يتعلق بالنصيب وتخليص هذه العقود من الجهل، ولا مبرر للتفرقة بين المزارعة، والمساقاة فيما يتعلق بالنصيب.

- تطبيق مسلك المشرع الليبي في المغارسة على المساقاة، والمزارعة، حيث أحال إلى أحكام الفقه الإسلامي فيما لم يرد بشأنه نص، وأجمل القول في المغارسة.
- تعديل المادة الرابعة عشرة الفقرة الثالثة من قانون البترول، والبند الثامن الفقرة الثالثة من العقد النموذجي، وذلك لإزالة الغموض حول نفقات الآبار غير المنتجة، وربطها بالاستفادة لا بسنة الإنتاج، وبيان المراد ببدء سنة الإنتاج، هل هي شرط استحقاق أم أجل استحقاق، فإذا كانت شرط استحقاق فيجب إلغاء الفقرة التي تقضي بربط الأجرة ببدء سنة الإنتاج، وذلك لما يترتب على ربط الأجرة بسنة الإنتاج من الجهل بالأجرة، والمنفعة.

هذه أهم النتائج، والمقترحات التي توصلت إليها في هذا البحث، وأملي أن أكون قد ابتعدت عن الشطط فيها، أو حمل شيء على غير ما يحمل عليه، أو خطأ في التأويل، أو قصور في التقصي، وعذري في ذلك ما تضمنته مقولة العماد المشهورة، (ما كتب إنسان كتابه في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحق، ولو زيد هذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أجل العبر في استيلاء النقص على البشر، ويأبى الـلـه العصمة لكتاب غير كتابه العزيز).

ونسأل الـلـه التوفيق والسداد، وفتح الطريق لعمل أخر أتقن وأفسح، والسلام عليكم ورحمة الـلـه وبركاته.

المصادر والمراجع

ابن أبي شيبة، عبد اللـه بن محمد، 1979م، **المصنف في الأخبار والآثار**، ب ط، بيروت، دار الفكر.

ابن الأثير، محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبدالواحد، 1980م، **الكامل في التاريخ**، راجعه نخبة من العلماء، ط2، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي.

ابن الجلاب، أبوالقاسم عبد اللـه بن الحسين، 1987م، **التفريع**، تحقيق: حسين سالم الدهماني، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي.

ابن الحاجب، ابن الحاجب المالكي، 1974م، **مختصر المنتهى**، ب ط، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية.

ابن العربي، أبوبكر محمد بن عبد اللـه ، ب ت، **أحكام القرآن**، تحقيق: علي محمد البجاوي، ب ط، القاهرة، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.

ابن القيم، أبو عبد اللـه محمد بن أبي بكر، ب ت، **إعلام الموقعين**، ب ط، القاهرة، دار الحديث.

ـــــــــــــــــ 2000م، **جامع الفقه**، جمعه ووثق نصوصه وخرج أحاديثه: يسري السيد محمد، ط1، دار الوفاء.

ابن المنذر النيسابوري، أبوبكر محمد بن إبراهيم الشافعي، 1993م، **الأشراف على مذهب أهل العلم**، قدم له وخرج أحاديثه عبد اللـه عمر البارودي، ب ط، بيروت، دار الفكر.

ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد القنومي الحنبلي، ب ت، **منتهى الإرادات في جمع المقنع**، تح عبدالغني بن عبدالخالق، ب ط، بيروت، عالم الكتب.

ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، 1986م، **شرح فتح القدير**، ط7، بيروت، دار الفكر.

ابن تيمية، أحمد، 1991م، **مجموع فتاوى ابن تيمية**، جمع عبدالرحمان بن محمد بن قاسم، ب ط، السعودية، عالم الكتب.

ابن جزي، أبوالقاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، 1981م، **التسهيل لعلوم التنزيل**، ط2، بيروت، دار الكتاب العربي.

ـــــــ 1982م، **القوانين الفقهية**، ب ط، ليبيا، تونس، الدار العربية للكتاب.

ابن حجر الهيثمي، أبو العباس أحمد شهاب الدين، 1991م، **فتح الجواد بشرح الإرشاد**، ط2، القاهرة، مطبعة البابي الحلبي وأولاده.

ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، 1986م، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، راجعه قصي محب الدين الخطيب، ط1، القاهرة، دار الريان للتراث.

ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، ب ت، **المحلى**، تحقيق: أحمد شاكر، ب ط، القاهرة، دار التراث.

ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد بن محمد، 1988م، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ط 10، بيروت، دار الكتب العلمية.

ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد، 1988م، **المقدمات**، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي.

ـــــــــــــــ 1988م، **البيان والتحصيل**، تحقيق: محمد محي وغيره، ط2، بيروت، دار الغرب الإسلامي.

ابن سلمون، أبومحمد عبد الله بن عبد الله ، ب ت، **العقد المنظم**، ب ط، بيروت، دار الكتب العلمية.

ابن عابدين، محمد، ب ت، **رد المحتار على الدر المختار**، ب ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

ابن عادل الدمشقي، أبو جعفر عمر بن علي بن عادل، 1419 هـ- 1998م، **اللباب في علوم الكتاب**، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وغيره، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.

ابن عطية، أبو محمدعبدالحق بن غالب، 2001م، **المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.

ابن عماد، أبوالفلاح عبد الحي بن عماد الحنبلي، 1350ه، **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، ب ط، القاهرة، مكتبة المقدسي.

ابن قدامة، أبو محمد عبد الـلـه بن أحمد، ب ت، **المغني**، ب ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

ابن قدامة، شمس الدين أبو الفرج عبدالرحمن بن أبي عمر بن أحمد، 1983م، **الشرح الكبير**، ط جديدة بالاوفست، بيروت.

ابن كثير، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل، 1421هـ- 2000م، **تفسير القرآن العظيم**، تحقيق: مصطفى السيد محمد وغيره، ط1، القاهرة، مؤسسة قرطبة.

ابن ماجة، أبوعبد الـلـه محمدبن زيد القزويني، ب ت، **سنن ابن ماجة**، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، ب ط، بيروت، المكتبة العلمية.

ابن مفلح، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن عبد الـلـه بن محمد، 1974م، **المبدع في شرح المقنع**، ب ط، دمشق، المكتب الإسلامي.

ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، ب ت، **لسان العرب**، ب ط، بيروت لبنان، دار صادر.

ابن نجيم، محمد بن الحسين بن علي الطوري، 1993م، **البحر الرائق في شرح كنز الدقائق**، ط3، بيروت، دار المعرفة.

أبو الحسن، علي بن الحسين بن محمد، 1984م، **النتف في الفتاوى**، تحقيق: صلاح الدين الناصي، ط2، عمان، درر الفرقان، بيروت، دار الرسالة.

أبو داود، أبو سليمان بن الأشعث السجستاني، ب ت، **سنن أبو داود**، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، ب ط، بيروت، المكتبة العصرية.

أبو زهرة، محمد، 1977م، **الملكية ونظرية العقد**، ب ط، القاهرة، دار الفكر.

ـــــــــــ 1970م، **بحوث في الربا**، ط1، بيروت، دار البحوث العلمية.

أبو زيد القيرواني، أبو محمد عبد الـلـه بن عبد الرحمن، 1999م، **النوادر والزيادات على ما في المدونة وغيرها من الأمهات**، تحقيق: محمد عبد العزيز الدناع، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي.

أبو شهبة، محمد، 1409هـ **حلول لمشكلة الربا**، ط2، القاهرة، مكتبة السنة.

الآبي، صالح عبد السميع الآبي الأزهري، ب ت، **جواهر الاكليل شرح مختصر خليل**، ب ط، بيروت، دار الفكر.

الأحوذي، أبوالعلا محمد عبدالرحمن بن عبدالرحيم، 1410هـ **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.

الأشقر، محمد سليمان وغيره، 1998م، **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، ط1، بيروت، دار النفائس.

الآلوسي، أبوالفضل شهاب الدين السيد محمد، ب ت، **روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني**، ب ط، بيروت، إحياء التراث العربي.

الأمدي، سيف الدين أبوالحسن علي بن محمد، ب ت، **الإحكام في أصول الأحكام**، تحقيق: أحمد فاضل، ب ط، القاهرة، مؤسسة الحلبي وشركاه.

الأنصاري، أبو يحي زكريا الأنصاري، 1948م، **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب**، الطبعة الأخيرة، القاهرة، شركة مصطفى البابي الحلبي.

البوطي، الدكتور محمدتوفيق رمضان، 1998م، **البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها**، إشراف الدكتور وهبة الزحيلي، ط1، بيروت، دار الفكر.

حسين، أحمد فراج، ب ت، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، ط1، القاهرة، مؤسسة الثقافة.

الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد، 1332هـ **المنتقى في شرح الموطأ**، ط1، القاهرة، مطبعة السعادة.

باد شاه غازي، محي الدين محمد أورنك، 1310هـ **الفتاوى الهندية**، ط3، مصر، المطبعة الكبرى ببولاق.

البحراني، يوسف، 1405 هـ- 1985م، **الحدائق الناظرة في أحكام العترة الطاهرة**، تحقيق: محمد تقي الإيرواني، ط2، بيروت، دار الأضواء.

البخاري، أبو عبد الـلـه إسماعيل بن إبراهيم، 1981م، **صحيح البخاري**، ب ط، بيروت، دار الفكر.

البخاري، علاء الدين عبدالعزيز أحمد، 1394هـ **كشف الأسرار عن أصول البزدوي**، ط جديدة، بيروت، دار الكتاب العربي.

بدوي، محمد علي، 1997م، **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام**، ط2، طرابلس ليبيا، منشورات جامعة الفاتح.

بن عاشور، محمد الطاهر، ب ت، **التحرير والتنوير**، ب ط، ليبيا، الدار الجماهيرية للنشر الجماهيرية، تونس، الدار التونسية.

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، 1983م، **كشف القناع عن متن الإقناع**، مراجعة هلال مصيلحي، ب ط، بيروت، عالم الكتب.

البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، ب ت، **السنن الكبرى**، ب ط، دار الفكر.

التركي، عبدالمجيد، 1986م، **مناظرات في أصول الشريعة بين ابن حزم والباجي**، تحقيق: عبدالصبور شاهين وغيره، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي.

الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، 1968م، **سنن الترمذي**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط2، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

التسولي، أبو الحسن علي بن عبدالسلام، 1977م، **البهجة في شرح التحفة**، ط3، بيروت، دار المعرفة.

الجحاوي، شرف الدين موسى، ب ت، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: عبداللطيف محمد موسى، ب ط، بيروت، دار المعرفة.

الجصاص، أبوبكر أحمد بن علي الرازي، ب ت، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، ب ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

الجمل، سليمان، ب ت، **حاسية الجمل**، ب ط، بيروت، دار الفكر.

حبيب، ثروت، 1978م، **المصادر الإرادي للالتزام في القانون المدني الليبي**، ب ط، بنغازي، منشورات جامعة قار يونس.

الحصري، الدكتور أحمد، 1990م، **علم الاقتصاد**، ط1، بيروت، دار الجيل.

الحطاب، أبوعبد اللـه محمد بن محمد بن عبدالرحمن، ب ت، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ط3، بيروت، دار الفكر.

الحلي، جعفر بن حسن بن أبي زكريا بن الحسن بن سعيد، ب ت، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**، تحقيق: عبدالحسين، ب ط، ب دار.

الخازن، علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم، ب ت، **لباب التأويل في معاني التنزيل**، ب ط، ب د.

الخرشي، محمد، ب ت، **حاشية الخرشي**، ب ط، بيروت، دار الفكر.

دار الإفتاء المصرية، 1983م، **الفتاوى الإسلامية**، القاهرة، ب ط، ب دار.

الدارمي، أبو محمد عبد اللـه بن عبد الرحمان بن الفضل ابن بهرام، 2000م، **مسند الدارمي**، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، ط1، الرياض، دار المغني.

الرازي، الفخر الرازي، ب ت، **التفسير الكبير**، ط3، ب دار.

الرازي، عبدالرحمن بن محمد بن إدريس الرازي بن أبي حليم، 1999م، **تفسير القرآن العظيم**، تحقيق: أسعد محمد الطيب، ط الثانية، السعودية، مكتبة نزار مصطفى الباز.

رضا، محمد رشيد، ب ت، **تفسير المنار**، ط2، بيروت، لبنان، دار المعرفة.

الزحيلي، وهبة، 1996م، **الفقه الإسلامي وأدلته**، إعادة طبعة، دمشق، دار الفكر.

الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، 1999م، **عقد البيع**، ط1، دمشق، دار العلم.

الزرقاني، عبدالباقي الزرقاني، ب ت، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، ب ط، بيروت، دار الفكر.

الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد اللـه ، 1993م، **شرح الزركشي**، ط1، الرياض، مكتبة العبيكات.

الزركلي، خير الدين، 1999م، **الأعلام: قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين**، ط4، بيروت، دار العلم للملايين.

الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، ب ت، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ط3، دار الكتاب الإسلامي.

سابق، السيد السابق، 1985م، **فقه السنة**، ط7، بيروت، دار الكتاب العربي.

السبكي، أبو الحسن تقي الدين علي بن عبدالكافي، ب ت، **فتاوى السبكي**، ب ط، بيروت، دار المعرفة.

سحنون، سحنون بن سعيد التنوجي، 1994م، **المدونة الكبرى**، ضبط أحمد عبدالسلام، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.

السرخسي، محمد بن أحمد بن سهل، ب ت، **المبسوط**، ب ط، بيروت، مطبعة السعادة.

السعدي، عبدالرحمن بن ناصر السعدي، 1983م، **الفتاوى السعدية**، ب ط، الرياض، مطبعة الكيلاني.

السنهوري، عبدالرزاق أحمد، ب ت، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، ب ط، القاهرة، دار النهضة.

ــــــــــــــــ، 1997م، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، طبعة جديدة ومنقحة، بيروت، دار احياء التراث العربي.

السياغي الحيمي، شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين بن علي بن محمد بن سليمان بن صالح، ب ت، **الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير**، ب ط، بيروت، دار الجيل.

السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر، 1403هـ **الأشباه والنظائر**، ط1، بيروت، دار الكتب.

الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، ب ت، **الموافقات في أصول الأحكام**، علق عليه محمد حسنين مخلوف، ب ط، بيروت، دار الفكر.

الشافعي، محمد بن إدريس، ب ت، **الأم**، ب ط، بيروت، دار المعرفة.

الشباني، محمد عبد اللـه ، 1991م، **شبهات معاصرة لاستحلال الربا**، تقديم صالح بن فوزان الفوزان، ط1، الرياض، دار الكتب.

شبر، محمد عثمان، 1986م، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**، ط1، الأردن، دار النفائس.

الشربيني، محمد الخطيب، ب ت، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ب ط، بيروت، دار الفكر.

الشرقاوي، عبد الـلـه بن حجازي بن إبراهيم، ب ت، **حاشية الشرقاوي**، ب ط، بيروت، دار المعرفة.

الشرواني، عبد الحميد وغيره، ب ت، **حواشي المحتاج**، ب ط، بيروت، دار الفكر.

الشعراني، عبدالوهاب بن أحمد علي الأنصاري الشافعي، ب ت، **الميزان الكبرى**، ط1، القاهرة، شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

الشماخي، عامر بن علي، 1404هـ- 1984م، **الإيضاح**، ب ط، أمون للتجليد والطباعة.

الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، 1983م، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، ط2، بيروت، دار الفكر.

ــــــــــــــــــــــ، 1985م، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار**، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.

الشيباني، أبو عبد الـلـه محمد بن الحسن، 1990م، **الأصل**، تعليق: أبو الوفاء الأفغاني، ط1، بيروت، عالم الكتب.

ــــــــــــــــــــــ، 1983م، **الحجة على أهل المدينة**، تعليق: مهدي حسن الكيلاني، ط3، بيروت عالم الكتب.

الصاوي، أحمد بن محمد الصاوي المالكي، 1952م، **بلغة السالك لأقرب المسالك**، الطبعة الأخيرة، القاهرة، شركة مصطفى البابي الحلبي وشركاه.

الصاوي، محمد صلاح محمد، 1990م، **مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية**، ط1، القاهرة، دار الوفاء.

الصدر، محمد باقر، 1990م، **البنك اللاربوي في الإسلام**، ب ط، بيروت، لبنان، دار التعارف.

الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمي، ب ت، **سبل السلام شرح بلوغ المرام**، تحقيق: إبراهيم عصر، ب ط، القاهرة، دار الحديث.

الضرير، الصديق محمد الأمين، 1410هـ- 1990م، **الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة**، ط2، بيروت، دار الجيل، الخرطوم، الدار السودانية للكتب.

الطحاوي، أحمد الطحاوي، 1975م، **حاشية الطحاوى على الدر المختار**، ب ط، بيروت، دار المعرفة.

الطوسي، شيخ طائفة أبو جعفر محمد بن الحسين بن علي، ب ت، **النهاية في مجرد الفقه والفتاوى**، ب ط، دار الكتاب العربي.

العاملي، السيد محمد حسن ترحيني، 1995م، **الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية**، ط1، بيروت، دار الهادي.

العاملي، محمد الحسن الحر العاملي، 1347هـ **وسائل الشيعة إلى تحسين مسائل الشريعة**، تحقيق: عبد الرحمن الرباني الشيرازي، ب ط، جايخانة إسلامية، دار كتا بفروش إسلامية.

العاملي، محمد بن جمال الدين المكي وغيره، ب ت، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**، ب ط، بيروت دار التعارف للمطبوعات.

العبار، سعيد خليفة، 1990م، **ضمان العيوب في ضوء الشريعة الإسلامية**، ط1، بنغازي، منشورات جامعة قاريونس.

عبد العزيز، الدكتور أمير عبد العزيز، 1419هـ- 1999م، **فقه الكتاب والسنة**، ط1، مصر، دار السلام القاهرة.

عبدالعزيز، الدكتور أميرعبدالعزيز، 1999م، **فقه الكتاب والسنة**، ط1، القاهرة، دار السلام.

العثيمين، محمد بن صالح، ب ت، **مجموعة دروس وفتاوى الحرم المكي**، في الفترة 1407هـ 1411هـ ب ط، المنصورة، دار اليقين.

العدوي، علي بن أحمد بن مكرم اللـه الصعيدي، ب ت، **حاشية العدوي على الرسالة**، ب ط، بيروت، دار الفكر.

عليش، الشيخ محمد، 1989م، **فتح الجليل على شرح مختصر خليل**، ب ط، بيروت، دار الفكر.

العليوبي، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة وغيره، ب ت، **حاشيتي العليوبي وعميرة**، ط4، بيروت، دار الفكر.

العمراني، أبو الحسن يحي بن أبي الخير سالم، ب ت، **البيان في مذهب الإمام الشافعي والفقه المقارن**، اعتنى به قاسم محمد النوري، ب ط، دار المنهاج.

العيني، بدر الدين أبو محمد بن أحمد، ب ت، **عمدة القارئ شرح صحيح البخاري**، ب ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

ـــــــــــــــــــــ 2000م، **البناية شرح الهداية**، تحقيق: أيمن صالح شعبان، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.

الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد، 1324هـ **المستصفى**، ط1، ب دار.

ـــــــــــــــــــــ 2001م، **الوسيط في المذهب**، تحقيق: أبو عمر الحسين بن عمر بن عبدالرحيم، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.

القرافي، أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن، سنة1344هـ **الفروق**، ب ط، ب دار.

ـــــــــــــــــــــ 1994م، **الدخيرة**، تحقيق: سعيد إعراب، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي.

القرطبي، أبو عبد اللـه محمد بن أحمد الأنصاري، ب ت، **الجامع لأحكام القرآن**، ط2، بيروت، دار الشام.

القطان، منّاع، 1985م، **مباحث في علوم القرآن**، ط15، بيروت، لبنان، مؤسسة الرسالة.

الكاساني، علاء الدين أبوبكر بن محمد، 1910م، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط1، مصر، مطبعة الجمالية.

الكوهجي، عبد اللـه بن الشيخ حسن الحسين، 1988م، **زاد المحتاج بشرح المنهاج**، تحقيق: عبد اللـه بن إبراهيم الأنصاري، ب ط، بيروت، المكتبة العصرية.

لاشين، موسى شاهين، 1968م، **اللألي الحسان في علوم القرآن،** ب ط، مصر، مطبعة دار التأليف.

الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، 1989م، **المضاربة**، تحقيق: الدكتور عبد الوهاب حواس، ط1، دار الوفاء.

مبروك، ممدوح محمد مبروك، سنة 1999م، **أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته**، ب ط، القاهرة، المكتب الفني للإصدارات القانونية.

المرتضي، أحمد بن يحي، ب ت، **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، مراجعة عبد اللـه محمد الصديق وغيره، ب ط، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي.

المرتضي، عبدالرزاق، 1982م، **التشريعات النفطية الليبية**، ط2، طرابلس ليبيا، المنشأة العامة للنشر والتوزيع.

المرداوي، علاء الدين أبو سليمان، 1404هـ- 1982م، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف عل مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل**، صححه وحققه محمد حامد الفقي، ط2، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

المرغيناي، أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبدالجليل، ب ت، **الهداية بشرح بداية المبتدي**، الطبعة الأخيرة، القاهرة، مكتبة مصطفى البابي الحلبي.

مرقس، سليمان، 1990م، **الوافي في شرح القانون المدني: عقد البيع**، أسهم في تنقيحه الدكتور حبيب إبراهيم الحليلي، ط5، القاهرة، مطبعة السلام.

ـــــــــــــ 1987م، **نظرية العقد والإرادة المنفردة،** ط4، القاهرة، مطبعة السلام.

مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري، 1412هـ، **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، ط1، القاهرة دار الحديث.

ناصف، منصور علي، 1981م، **التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول ﷺ**، ط3، استانبول، مكتبة باموق.

النسائي، أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب بن علي، ب ت، **سنن النسائي بشرح السيوطي**، ب ط، القاهرة، المطبعة المصرية بالأزهر.

النفراوي، أحمد بن غنيم بن مهنا النفراوي، ب ت، **الفواكه الدواني**، ب ط، بيروت، المكتبة الثقافية.

النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف، ب ت، **المجموع في شرح المهذب**، ب ط، مطبعة التضامن الأقوى لصاحبها محمد منير عبده.

ـــــــــــــــــــــــ 1991م، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، إشراف زهير الشاوش، ط2، بيروت، المكتب الإسلامي.

ـــــــــــــــــــــــ 1415هـ- 1994م، **صحيح مسلم بشرح النووي**، تحقيق: عصام الصياطي وغيره، ط1، القاهرة، دار الحديث.

الهمشري، مصطفى عبد اللـه ، 1973م، **الأعمال المصرفية والإسلام**، ب ط، القاهرة، الشركة المصرية للطباعة.

هيئة كبار العلماء بالسعودية، ب ت، **فتاوى**، ب ط، القاهرة، مكتبة التراث الإسلامي.

الهيضبي، سمير، 1988م، **نحو اقتصاد إسلامي**، ط1، الزهراء للإعلام العربي.

الواقدي، محمد بن عمر بن واقد، ب ت، **المغازي**، تحقيق: مارسن جوسن، ب ط، بيروت، لبنان دار عالم الكتب.

وزارة الأوقاف والشؤن الإسلامية بالكويت، 1994م، **الموسوعة الفقهية**، ط1، الكويت، دار الصفوة.

الونشريسي، أحمد بن يحي، 1981م، **المعيار**، إشراف محمد حجر، بيروت، دار الغرب الإسلامي.

اليوسعيدي، السيد مهنا بن خلف بن محمد اليوسعيدي، ب ت، **كتاب لباب الأثار الواردة على الأولين والمتأخرين الأخيار**، ب ط، سلطنة عمان، مكتبة الشرقية.

البحوث والمقالات وبعض الوثائق الخاصة:

ابن عبد، محمد علي بن عبد، 1992م، «الأسهم، الاختيارات، المستقبليات»، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، الدورة السابعة العدد السابع، الجزء الأول.

الإدارة العامة للقانون بالجماهيرية، 1988م، **القانون المدني الليبي**، ب ط، طرابلس، مطابع الإدارة العامة للقانون.

الإدارة القانونية بالمؤسسة الوطنية للنفط بالجماهيرية، **مذكرة الإدارة**.

الأشقر، محمد سليمان، 1988م، بحث بعنوان: بدل الخلو، **مجلة مجمع الفقه الاسلامي**، الدورة الرابعة العدد الرابع، الجزء الثالث.

الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، سنة 1993م، أنواع البيوع التي يستعملها كثير من الناس، **مجلة البحوث الإسلامية**، العدد 37، تصدرها رئاسة البحوث العلمية والافتاء بالسعودية).

التارزي، مصطفى كمال، 1412هـ- 1992م. بحث بعنوان: «الاستصناع والمقاولات في العصر الحديث» **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، الدورة السابعة العدد السابع، الجزء الثاني.

تسخيري، محمد علي تسخيري، 1988م، بحث بعنوان: «بدل الخلو وتصحيحه» **مجلة مجمع الفقه الاسلامي**، الدورة الرابعة العدد الرابع، الجزء الثالث.

جعيط، كمال الدين، 1412هـ- 1992م، بحث بعنوان: «عقد الاستصناع»، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني.

الخفيف، علي، 1973م، مقال بعنوان: «الغرر في العقود»، **مجلة معهد البحوث والدراسات العربية**، العدد الرابع، يونيو، دار نافع.

الدبو، إبراهيم فاضل، 1988م، بحث بعنوان: «حكم الشريعة الإسلامية في بدل الخلو»، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، الدورة الرابعة العدد الرابع 72، الجزء الثالث.

الزحيلي، وهبة، 1412هـ- 1992م، بحث بعنوان: «عقد الاستصناع» **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، الدورة السابعة العدد السابع، الجزء الثاني.

الزحيلي، وهبة، 1988م، بحث بعنوان: «بدل الخلو» **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، الدورة الرابعة العدد الرابع، الجزء الثالث.

الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، 1412هـ- 1992م، مقال بعنوان: «عقد الاستصناع ومدى أهميته

في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة» **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، الدورة السابعة، الجزء الثاني.

السالوس، علي، 1412هـ- 1992م، مقال بعنوان: «عقد الاستصناع»، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، الدورة السابعة العدد السابع، الجزء الثاني.

سعيد، محمد رأفت، 1412هـ- 1992م، بحث بعنوان: «عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة» **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، الدورة السابعة العدد السابع، الجزء الثاني.

الشرقاوي، محمد، 1973م، «بيع بساتين التجار قبل ظهورها» **مجلة الأزهر**، الجزء الثالث، السنة الخامسة والأربعون، ربيع الأول.

العبادي، الدكتور عبدالسلام العبادي، 1412هـ- 1992م، بحث بعنوان: «الاستصناع ودوره في العمليات التمويلية المعاصرة» **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني.

الفرفور، محمد عبداللطيف صالح، 1412هـ 1992م، بحث بعنوان: «أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية»، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني.

الفوزان، صالح فوزان بن عبدالعزيز، 1404هـ «الفرق بين البيع والربا في الشريعة الإسلامية»، مجلة البحوث الإسلامية، العدد العاشر، رجب وشوال، (تصدرها الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والافتاء والإرشاد بالسعودية).

مركز بحوث النفط بالمؤسسة الوطنية للنفط بالجماهيرية، **مكتبة المركز**.